



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Statenes territoriale ansvar etter Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 3

Båtflyktninger – Avskjæringer og redningsaksjoner

Kady Beate Bjørlo Gassama

Liten masteroppgave i JUR-3902 Vår 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Klargjøring av tema.....	1
1.2	Temaets aktualitet.....	1
1.3	Introduksjon – <i>Non refoulement-prinsippet</i>	2
1.4	Dilemmaer	2
1.5	Oppgavens plassering i rettsområdet.....	3
1.6	Systematisk oppbygging.....	4
1.7	Endelig avgrensning	5
2	Status til flyktninger	5
2.1	Retten til å søke asyl og <i>non refoulement-prinsippet</i>	5
2.1.1	Bestemmelsens territoriale omfang.....	6
2.1.2	<i>Non refoulement-prinsippet</i>	6
2.1.3	Hvem blir bundet av <i>non refoulement-prinsippet</i> ?	7
2.2	Retten til å få søknad behandlet av konvensjonsparten.....	9
3	<i>EMK art. 3</i>	10
3.1	Forbud mot tortur.....	10
3.2	Virkeområdet	10
3.3	Forbudets absolutte side	12
3.4	Bevisbyrde og bevisvurdering	15
3.5	Risikovurdering	17
3.6	Avskjæring av flyktninger	18
3.6.1	Innledning.....	18
3.6.2	<i>Hirsi Jamaa mot Italia</i>	19
3.6.3	Vurdering av <i>Hirsi Jamaa</i>	23
4	Redningsaksjoner- plikten til å yte bistand	28
4.1	«A place of safety»	31

4.2	<i>M/S Tampa</i>	33
4.2.1	Faktum i saken	33
4.2.2	Vurdering av <i>Tampa-saken</i>	34
4.3	Nærmere om endringene i <i>SAR-</i> og <i>SOLAS-konvensjonen</i>	38
4.4	Resterende problem etter någjeldende bestemmelser.....	41
5	Avsluttende bemerkninger	43
6	Kildeliste	44
6.1	Litteratur	44
6.2	Lover.....	44
6.3	Konvensjoner og erklæringer	45
6.4	Internasjonale dommer	45
6.5	Direktiver.....	46
6.6	Forarbeider.....	47
6.7	Rapporter	47
6.8	Artikler.....	47
6.9	Andre kilder	48

1 Innledning

1.1 Klargjøring av tema

I denne avhandlingen har jeg valgt å ta stilling til statenes territoriale ansvar etter *Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 3*, med hovedfokus på deres ekstraterritoriale ansvar. Med territorielt ansvar forstås det ansvar som enhver stat har innenfor sine territorier i kraft av deres statssuverenitet. Ekstraterritorielt ansvar, vil si ansvar som etableres utenfor en stats landterritorium. Jeg ønsker med denne oppgaven å belyse problematikken rundt flyktninger som krysser havet, med særlig fokus på avskjæringer og redningsaksjoner. Avhandlingens problemstilling blir dermed hvor langt statenes territoriale ansvar etter *EMK artikkel 3* rekker.

1.2 Temaets aktualitet

Utfordringene flyktningene møter på er mange, og behovet for internasjonal beskyttelse er stort. Ikke bare er det rimelig å anta at mange av flyktningene har bodd i krigsområder, opplevd forfølgelse, og tap av venner samt familiemedlemmer, men også at enkelte har vært utsatt for nedverdiggende behandling, endog tortur, i sine respektive hjemland. Man får også gjengitt et utall skildringer om at fluktreisen i seg selv er uverdig ethvert menneske. Tall fra *International Organization for Migration (IOM)* viser blant annet at 150 982 migrant- og båtflyktninger ankom Europa ved utgangen av 2017. Ved samme utgang døde 2 839 personer i forsøk på å krysse Middelhavet.¹ De store flyktingetilstrømmningene medførte store belastninger for de europeiske statene – spesielt for kyststatene. For å få kontroll på denne belastningen har det blitt mer og mer vanlig for kyststatene å utøve avskjæringer av båtflyktninger som prøver å krysse Middelhavet. Deretter eskorteres båtflyktningene til andre stater, hvis bilaterale avtaler som regulerer dette forhold, er inngått. Faktum er at en operasjon som opprinnelig var tiltenkt å være en avskjæring, raskt kan snu til å bli en redningsaksjon. I 2017 per 3. november ble det reddet eller avskåret 19 134 mennesker i det libyske farvann. Dette betydelige antallet demonstrerer omfanget av potensielle redningsaksjoner. I denne avhandlingen finner jeg det av ovennevnte årsaker både hensiktsmessig og interessant å

¹ IOM, UN Migration Agency, available at http://migration.iom.int/docs/MMP/171103_Mediterranean_Update.pdf, 25.04.18

behandle og avklare flyktningers rettigheter og staters beskyttelsesplikt i saker som omhandler avskjæringer og redningsaksjoner. I tillegg vil jeg se på hvilke aspekter som eventuelt fortsatt er problematisk ved dette.

1.3 Introduksjon – *Non refoulement-prinsippet*

Et viktig verktøy for vern av flyktningers rettigheter som pålegger statene en beskyttelsesplikt, er prinsippet om *non refoulement*. Prinsippet går derfor igjen som et av hovedelementene i avhandlingen. *Non refoulement-prinsippet* innebærer at ingen kan sende en person tilbake til sitt hjemland om han risikerer å bli forfulgt der. Jeg vil først kort behandle *non refoulement-prinsippet* etter *Flyktningkonvensjonens artikkel 33*. Dette fordi prinsippet først var å regne som internasjonal sedvanerett², før det ble kodifisert i *Flyktningkonvensjonen artikkel 33*, hvor forbudets direkte side fremgår uttrykkelig. Temaet for denne avhandlingen er imidlertid *non refoulement-prinsippet* etter *EMK artikkel 3*. Jeg benytter meg av prinsippet etter *EMK artikkel 3*, siden det etter denne bestemmelsen utledes en ekstraterritoriell jurisdiksjon som vil være nødvendig for å pålegge statene ansvar utenfor landterritorier. I tillegg kan det tyde på at vernet etter *EMK artikkel 3* rekker lengre enn vernet etter *Flyktningkonvensjonen artikkel 33*. Dette vil jeg også gå nærmere inn på senere i avhandlingen.

1.4 Dilemmaer

Temaet reiser flere etiske spørsmål som ikke nødvendigvis er så enkle å besvare. Flyktinger vil stå i en særstilling, og av den grunn ha ekstra behov for vern. Grunnen til dette er at de ikke vil få noen beskyttelse fra hjemlandet sitt, og dermed vil være avhengig av beskyttelse fra et annet land. Retten til å søke asyl er essensiell for at flyktingene skal kunne oppnå denne nødvendige beskyttelsen. Selv om «Enhver vil ha rett til i andre land å søke og ta imot asyl mot forfølgelse.»³, som jeg kommer nærmere inn på i avhandlingen, vil de ikke ha en ubetinget rett til å få innvilget asyl. Dette vil være opp til statene selv å avgjøre. Det kan

² Executive Committee, *Conclusion No. 25 (XXXIII)- 1982*, avsnitt b

³ FNs verdenserklæring om menneskerettigheter artikkel 14 nr.1

dermed oppstå et etisk dilemma for statene, hvor ønsket om å hjelpe flyktingene som trenger beskyttelse, veier opp mot forhold som økonomi, kapasitet, og muligens egne borgere.

Man kan også spørre seg om det er etisk riktig å bedrive avskjæring av flyktinger, som på denne måten vil miste muligheten til å søke asyl i vedkommende land. Noe av problemet kan antas å være det faktum at personer reiser i såkalte *mixed flows*. Det vil si at flyktinger, asylsøkere, økonomiske migranter, og andre migranter alle benytter samme fremkomstmiddel.⁴ Dette tilsier at det ikke skiller mellom for eksempel de som velger å dra fra hjemlandet sitt med ønske om et bedre økonomisk liv, og de som er tvunget til å flykte for å overleve. Statenes ønske om å kontrollere innvandring kan dermed få fatale konsekvenser. Det er heller ikke utenkelig at fartøy unngår å bruke reiseruter hvor det er sannsynlig at de vil møte på flyktinger for å slippe å måtte utføre en redningsaksjon. Det forekommer også tilfeller av fartøy som ignorerer personer som trenger bistand til havs på grunn av blant annet økonomiske konsekvenser, forsinkelser, eller andre byrder en slik operasjon vil medføre. Problemstillingene som reist her, vil bli utdypet i denne oppgaven.

1.5 Oppgavens plassering i rettsområdet

Rettsområdet for dette temaet reguleres først og fremst av konvensjoner fra folkeretten, herunder *Den europeiske menneskerettskonvensjon*, *Konvensjon om flyktingers stilling (Flyktingkonvensjonen)*, samt *De forente nasjoners havrettskonvensjon (UNCLOS)* sammenholdt med *Den internasjonale konvensjon om sikkerhet for menneskeliv til sjøs (SOLAS)*, og *Den internasjonale konvensjon om ettersøking og redning til sjøs (SAR)* for de mer havrettslige problemstillingene. Sentralt for tolkningen og rekkevidden av *EMK artikkel 3* og *non refoulement-prinsippet* er dommer fra *Den europeiske menneskerettsdomstol*, herunder særlig *Hirsi Jamaa-avgjørelsen* som er den første avgjørelsen hvor *EMD* tok stilling til spørsmålet om avskjæring av migranter til sjøs. Jeg har også benyttet meg av retningslinjer fra *Den internasjonale sjøfartsorganisasjonen*. Hva gjelder juridisk litteratur har læreboken til Øyen, *Utlendingsrett*, vært et viktig verktøy. Likeså er *non refoulement-prinsippet* blitt

⁴ Glossary on Migration, IOM, International Migration Law, Geneva, 2004
http://www.iomvienna.at/sites/default/files/IML_1_EN.pdf, s. 42, 27.04.18

behandlet i en rekke juridiske tekster som har bidratt til en bredere kunnskap om temaet, samt som et interessant supplement for å se ulike synspunkt.

1.6 Systematisk oppbygging

Avhandlingen innledes i punkt 2 med en redegjørelse av hva flyktningbegrepet innebærer. Som en naturlig forlengelse av dette går jeg deretter nærmere inn på retten til å søke asyl, og litt om hva *non refoulement-prinsippet* betyr. Kapittelet avsluttes med at jeg behandler hva retten til å få asyløknad behandlet av konvensjonsparten innebærer. Jeg har gjort det på denne måten for å sette et godt utgangspunkt for avhandlingens hovedtema, nemlig *EMK artikkel 3*. Behandlingen av *EMK artikkel 3* fremgår av punkt 3. Underkapitlene til punkt 3, omhandler hva forbudet mot tortur tilsier, forbudets virkeområde, forbudets absolutte side, litt om bevisbyrden/bevisvurderingen, samt om risikovurderingen.

Videre bruker jeg mye tid på *Hirsi Jamaa-avgjørelsen* – hva avgjørelsen innebærer, hvordan domstolen resonnerer, og hvilken prejudikatsvirkning avgjørelsen har. Under punkt 4 behandles de mer havrettslige reglene. Formålet med dette er å sette problemstillingene inn i en større sammenheng og et bredere perspektiv, og å se nærmere på hvilke utfordringer som finnes for overholdelse av *EMK artikkel 3*, med tanke på statenes plikt til å yte bistand til havs etter *UNCLOS artikkel 98*. Når det gjelder plikten til å yte bistand, er den anerkjente *Tampa-saken* som jeg videre tar stilling til av stor interesse. *Tampa-saken* synliggjorde hvordan plikten til å yte bistand, kan være vanskelig å fullføre dersom statene ikke samarbeider. Utgangspunktet er at skipsføreren først løses fra pliktene sine når de skipbrudne er ilandsatt på et trygt sted. I denne saken var det uenigheter om den nærmeste trygge havnen hadde plikt til å slippe flyktningene i land. Det er rimelig å anta at denne uklarheten kan medføre en risiko for brudd på *EMK artikkel 3*. Det ble imidlertid foretatt endringer i *SAR-* og *SOLAS-konvensjonen* etter *Tampa-saken*. Disse endringene behandles før jeg under punkt 4 tar stilling til om endringene kan anses for å ha den tiltenkte funksjon, og om det fortsatt eksisterer uklare og problematiske områder hva gjelder lovverket.

Avhandlingen avsluttes med punkt 5, hvor oppgavens funn og konklusjoner oppsummeres.

1.7 Endelig avgrensning

Oppgaven tar i utgangspunktet stilling til situasjoner som oppstår på det åpne hav, herunder avskjæringsoperasjoner og redningsaksjoner. Terminologien *det åpne hav* og *internasjonalt farvann* vil imidlertid benyttes vekselvis i oppgaven, ettersom jeg siterer dommer/litteratur hvor den endres. Betydningen er like fullt identisk, noe som utledes av *UNCLOS artikkel 86*.

2 Status til flyktninger

2.1 Retten til å søke asyl og *non refoulement-prinsippet*

FNs verdenserklæring om menneskerettigheter fastslår i *artikkel 14 nr. 1* at «Enhver har rett til i andre land å søke og ta imot asyl mot forfølgelse.» Verdenserklæringen gjelder for alle *FNs* medlemsland.⁵ Disse er dermed forpliktet til å positivt sikre at menneskerettighetene blir respektert og overholdt. I tillegg til dette regnes bestemmelsen i dag for å være av folkerettslig sedvanerett.⁶

Verdenserklæringen er ikke juridisk bindende, men ble i kjølevannet av andre verdenskrig opprettet som et grunndokument i arbeidet mot å sikre grunnleggende menneskerettigheter. Derimot er *FNs konvensjon om flyktningers stilling (Flyktningkonvensjonen)* rettslig bindende ved ratifikasjon.

Betegnelsen *flyktning*, skal etter *Flyktningkonvensjonen artikkel 1 A nr. 2* få anvendelse på enhver person som:

(...) befinner seg utenfor det land han er borger av, og er ute av stand til, eller, på grunn av slik frykt, er uvillig til å påberope seg dette lands beskyttelse; eller som er statsløs og på grunn av slike begivenheter befinner seg utenfor det land hvor han har

⁵ Fortalen til *FNs verdenserklæring* s. 1

⁶ Øyvind Dybvik Øyen (red.), *Lærebok i utlendingsrett* (Oslo 2013) s. 181

sin vanlige bopel, og som er ute av stand til eller, på grunn av slik frykt, er uvillig til, å vende tilbake dit.

Artikkel 33 i Flyktningkonvensjonen regulerer forbud mot utvisning eller avvisning. I forbudet heter det i *artikkel 33 nr. 1* at «Ingen kontraherende stat må på noen som helst måte utvise eller avvise en flyktning over grensen til områder hvor hans liv eller frihet ville være truet på grunn av hans rase, religion, nasjonalitet, politiske oppfatning eller det forhold at han tilhører en spesiell sosial gruppe.» Unntaket er etter *artikkel 33 nr. 2* hvor: «(...) en flyktning som med rimelig grunn anses for en fare for det lands sikkerhet hvor han befinner seg, eller som har fått endelig dom for en særlig alvorlig forbrytelse og av den grunn utgjør en fare for samfunnet i vedkommende land.»

2.1.1 Bestemmelsens territorielle omfang

Artikkelens territorielle omfang er ikke eksplisitt definert. Likevel er det ikke noe i *artikkel 33 (1)* som tilsier at det må innfortolkes en territorieell begrensning, siden betegnelsen «områder» benyttes i ubestemt flertall. *FNs høykommissær* for flyktninger tolker dette dit hen at formålet bak den udefinerte ordlyden er at bestemmelsen har en ekstraterritoriell anvendelse. Denne ekstraterritorielle anvendelsen inkluderer også det åpne hav, noe som også støtter den ekstraterritorielle anvendelsen menneskerettighetslovgivningen har fått.⁷ Det oppstilles også et absolutt forbud mot tortur og annen nedverdiggende behandling i *EMK artikkel 3*. *Artikkel 33* må av den grunn tolkes slik at også den omfatter dette elementet.

2.1.2 Non refoulement-prinsippet

Artikkel 33 nr. 1 anses videre for å være en kodifisering av det tidligere sedvanerettslige prinsippet om *non refoulement*. Uttrykket stammer fra det franske ordet *refouler* som betyr «å drive tilbake». Prinsippet innebærer at ingen skal sendes til et sted hvor de risikerer forfølgelse. Likeså skal flyktninger være beskyttet mot å bli sendt til et tredjeland, hvor det er

⁷ UNHCR intervention before the European Court of Human Rights in the case of *Hirsi and Others v. Italy*, 29 Mars 2011, Application no. 27765/09, avsnitt 4.2

risiko for at de blir sendt videre til et sted der de risikerer forfølgelse. Dette er prinsippets indirekte side. *Non refoulement-prinsippet* vil også gjelde i like stor grad for de som søker asyl som det gjelder for de som har blitt innvilget flyktningstatus.

Prinsippet finnes også i andre internasjonale menneskerettighetsbestemmelser, herunder i *FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 7*, samt *Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 3*. Jeg vil i påfølgende kapittel legge hovedvekt på *non refoulement-prinsippet* som utledes av *EMK artikkel 3*.

2.1.3 Hvem blir bundet av *non refoulement-prinsippet*?

Når det gjelder hvem som er bundet av prinsippet må først og fremst ordlyden «kontraherende stat», forstås som alle stater som har ratifisert konvensjonen. For det andre vil styring/utøvelse av organ/institusjoner som er stilt til disposisjon hos en stat fra en annen – kall det gjerne på utlån – hjemlet i internasjonal rett, bli ansett som å handle på vegne av sin opphavsstat, selv om den utøver myndighet gitt av den stat som disponerer nevnte organ eller institusjon.⁸ For det tredje vil prinsippet få anvendelse når en person eller en gruppe av personer handler under instruksjoner eller under kontroll av en kontraherende stat.⁹ Ved utøvelse av militære handlinger utenfor nasjonalt territorium, vil det kunne oppstå ansvar for den kontraherende part som en konsekvens av dette.¹⁰ Det kan sies at *non refoulement-prinsippet* vil gjelde for offentlige tjenestemenn og de som handler på vegne av staten, uansett hvor dette skjer. Altså, uavhengig av om handlingene utføres ved det nasjonale territorium, ved grenseposter, i internasjonale soner, eller ved transittsted med flere.¹¹ Til sist kan det nevnes at prinsippet regnes for å være internasjonal sedvanerett. Prinsippet er dermed bindende for alle stater, med mindre de ikke er konvensjonspart i de ovennevnte konvensjoner.¹²

⁸ General Assembly, resolution 56/83 of 12 December 2001, Article 6

⁹ General Assembly, resolution 56/83 of 12 December 2001, Article 8

¹⁰ United Nations High Commissioner for Refugees, *The scope and content of the principle of non-refoulement*, 20 June 2001, s. 26 avsnitt 66

¹¹ United Nations High Commissioner for Refugees, *The scope and content of the principle of non-refoulement*, 20 June 2001, s. 26 avsnitt 67

¹² Executive Committee, *Conclusion No. 25 (XXXIII)- 1982*, avsnitt b

Forbudet i *artikkel 33 (1)* mot å utvise eller avvise en flyktning, må forstås som et forbud mot enhver handling av utvisning eller avvisning som vil sette den berørte personen i fare. Det har imidlertid blitt stilt spørsmål om utleveringsavtaler vil falle innenfor artikkelens ordlyd eller ikke, men ordlyden i artikkel 33 (1) fremgår forholdsvis klart. Det heter at ingen stat må på «noen som helst måte utvise eller avvise (...)», noe som taler for at artikkelen må tolkes utvidende og uten begrensninger.

Utgangspunktet er som nevnt ovenfor at ingen må bli sendt til et sted hvor de risikerer forfølgelse eller annen alvorlig skade. Steder hvor tilbakesendelse er forbudt, er etter *artikkel 33 (1)* «over grenser til områder (...)». Det faktum at «områder» er skrevet i flertall indikerer at tilbakesendelse er forbudt til et hvilket som helst område hvor den berørte personen vil være i fare. Forbudet er dermed ikke innskrenket til den berørte personens opprinnelsesland.¹³ Prinsippets virkeområde presiseres nærmere i *EU-direktiv (2011/95/EU)*, hvor det utledes en subsidiær beskyttelse mot å bli sendt til et tredjeland som ikke erkjenner og overholder de rettigheter en flyktning har etter *Flyktningkonvensjonen*.¹⁴ Dette må anses for å være en essensiell del av prinsippet om *non refoulement*, som forhindrer at statene begår ansvarsfraskrivelse og gjør lettvinte løsninger.

Ordlyden «hvor hans liv eller frihet ville være truet», kan tolkes dit hen at det må foreligge en velbegrunnet frykt for at den berørte vil risikere forfølgelse.¹⁵ Dette risikokravet har de siste femti årene blitt tolket utvidende av *FNs høykommissær*, noe som har ført til at mer generelle situasjoner med vold er blitt omfattet av bestemmelsen, uansett om disse skyldes forfølgelse eller ikke.¹⁶

¹³ United Nations High Commissioner for Refugees, *The scope and content of the principle of non-refoulement*, 20 June 2001, s. 38 avsnitt 113

¹⁴ Directive 2011/95/EU/ of the European parliament and of the council of 13 December 2011, art. 15

¹⁵ UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, avsnitt 66

¹⁶ United Nations High Commissioner for Refugees, *The scope of the principle of non-refoulement*, s. 42 avsnitt 128.

Oppgaven vil som nevnt innledningsvis ta utgangspunkt i situasjoner som oppstår på åpent hav. Det er av den grunn hensiktsmessig å slå fast at prinsippet gjelder på åpent hav, med like stor vekt som det gjelder på en stats territorium og ved en stats grenser.¹⁷ Alle kyststater vil ha en humanitær plikt til å hjelpe et fartøy i nød, ved å for eksempel gi det adgang til statens farvann, gi asyl, eller i det minste gi de som er ombord med ønske om å søke asyl, et midlertidig oppholdssted.¹⁸

2.2 Retten til å få søknad behandlet av konvensjonsparten

Utgangspunktet er som tidligere nevnt, at det foreligger en grunnleggende menneskerettighet til å kunne søke og ta imot asyl mot forfølgelse, i andre land, jfr. *FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter artikkel 14 (1)*. Følgene av dette er at alle selvstendige rettssubjekt vil ha mulighet til å forlate hjemlandet sitt og søke om asyl i et annet land. Selv om de vil ha rett til å søke om asyl, vil de ikke ha en ubetinget rett til å få innvilget asyl. Dette vil være opp til det enkelte land, i kraft av deres statssuverenitet, å avgjøre. Forutsetningen er at forpliktelsene som utledes av *Flyktningkonvensjonen* overholdes.

Flyktningkonvensjonen inneholder i og for seg ikke en uttrykkelig plikt til å behandle en asylsøknad, men retten til å få søknaden behandlet av konvensjonsparten må leses i samsvar med *artikkel 33* og det fundamentale prinsippet om *non refoulement*. Som gjort rede for tidligere kan ikke en stat, etter *artikkel 33*, sende en person tilbake til hjemlandet sitt før de har avgjort om personen er en flyktning som trenger beskyttelse eller ikke. Staten må av den grunn gjøre en individuell vurdering av vedkommende, og deretter behandle og vurdere asylsøknaden på en forsvarlig måte.

¹⁷ Utledes av European union agency for fundamental rights, *Scope of the principle of non-refoulement in contemporart border management: evolving areas of law*, s. 15, som henviser til Goodwin-Gill, G. S. and McAdam, J. (2007), s. 208

¹⁸ The Executive Committee, *Conclusion No. 6 (XXVIII)- 1977*, paragraf (C)

Non refoulement-prinsippet gir uttrykk for forpliktelsen statene har for de som trenger internasjonal beskyttelse. For å overholde forpliktelsen til beskyttelse må de berørte ha mulighet til å utøve retten til å søke asyl, som fastslått i *Verdenserklæringen artikkel 14*.

3 EMK art. 3

3.1 Forbud mot tortur

*Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff*¹⁹

Slik lyder *artikkel 3* i *Den europeiske menneskerettskonvensjon*, som oppstiller et generelt forbud mot tortur og mishandling. Forbudet regnes for å være en absolutt menneskerettighet. Det vil si at det ikke under noen omstendighet kan gjøres unntak fra, eller inngrep i rettigheten som følger av bestemmelsen. Hovedelementet i bestemmelsen er forbudet mot tortur. Etter domstolpraksis defineres begrepet *tortur* som bevisst umenneskelig behandling som påfører meget alvorlig og grusom lidelse.²⁰ I tillegg til dette vil også *umenneskelig* og *nedverdiggende behandling* være omfattet av forbudet. *Umenneskelig* og *nedverdiggende behandling* kan anses for å ha en lavere alvorlighetsgrad enn tortur, og *nedverdiggende behandling* må tolkes til å være forbudets nedre grense. De tre vilkårene går i praksis ofte under samlebegrepet mishandling.²¹

3.2 Virkeområdet

Hovedregelen for *Den europeiske menneskerettskonvensjon* er at den gjelder for de kontraherende parter, det vil si de stater som har ratifisert konvensjonen.²² Forbudet forplikter etter *artikkel 1* de kontraherende parter, til å sikre de rettigheter og friheter innenfor sitt myndighetsområde som er fastlagt i konvensjonen.

¹⁹ Den europeiske menneskerettskonvensjon, artikkel 3

²⁰ Utledes av Øyen, *Lærebok i Utlendingsrett*, s. 345, som henviser til *Saadi mot Italia* (2008), avsnitt 136

²¹ Tor Ehlers Bertelsen, *EMK. Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter* (2011), s. 67

²² Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 1

Forbudet i *artikkel 3* retter seg som et utgangspunkt mot statenes egne handlinger. Den ekstraterritoriale virkningen fremgår ikke uttrykkelig av ordlyden, men ble for første gang innfortolket i *Soering mot Storbritannia i 1989*.²³ I denne avgjørelsen var det spørsmål om Jens Soering, som var tysk statsborger, kunne utleveres fra Storbritannia til USA. Soering var student i USA, hvor han hadde en to år eldre kjæreste. Både Soering og kjæresten hadde psykiske problemer. Soering endte opp med å drepe foreldrene til kjæresten sin, fordi foreldrene var imot det romantiske forholdet Soering og datteren deres hadde. Etter den tragiske hendelsen flyktet Soering og kjæresten sin til Storbritannia. Spørsmålet ble av den grunn om han kunne utleveres til USA hvor han var tiltalt for overlagt drap og risikerte dødstraff.

Selve dødsstraffen var i og for seg ikke i strid med *EMK artikkel 3*. Soerings anførsel var at omstendighetene, spesielt med tanke på *death row phenomenon*, ville tilsi at han ville bli utsatt for umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff som var i strid med *EMK artikkel 3*.²⁴ *Death row phenomenon* kan forklares som den følelsesmessige nøden og lidelsen fanger som er dømt til dødsstraff opplever.²⁵

At Soering ville kunne oppleve *death row phenomenon* anså domstolen for å være av en så stor sannsynlighet at det ville være umenneskelig behandling og i strid med *EMK artikkel 3*.²⁶ Det ble lagt vekt på Soerings unge alder og psykiske tilstand.²⁷

Domstolen tok så stilling til om utlevering til en stat hvor han ville bli utsatt for, eller sannsynligvis bli utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling og straff, ville utøve en kontraherende stats ansvar i henhold til *EMK artikkel 3*. Domstolen kom til at utleveringen ville være uforenelig med konvensjonens formål og underliggende verdier om

²³ *Soering v. The United Kingdom*, 7 July 1989, Application no. 14038/88

²⁴ *Ibid* avsnitt 76

²⁵ https://en.wikipedia.org/wiki/Death_row_phenomenon, 05.03.18

²⁶ *Soering v. The United Kingdom* (1989), avsnitt 99

²⁷ *Ibid* avsnitt 105

«felles arv av politiske tradisjoner, idealer, frihet og rettsstatsprinsipper».²⁸ Et forbud mot utsendelse til tortur eller mishandling ble av den grunn innfortolket i *artikkel 3*. Domstolen la også vekt på at *artikkel 3* er et absolutt forbud, som etter *artikkel 15. nr.2* ikke kan fravikes selv om det er krig eller offentlig nødtilstand.²⁹ Domstolen fant enstemmig at dersom utlevering ble gjennomført, ville det være et brudd på *EMK artikkel 3*.³⁰

Soering mot Storbritannia ble av denne grunn et prejudikat for ekstraterritoriallæren, og man kan med trygghet si at forbudet i *EMK artikkel 3* beskytter mot utsendelse til ethvert land, hvor det er en reell fare for tortur eller mishandling. *Den europeiske menneskerettsdomstol* har senere fulgt opp denne ekstraterritoriallæren først i *Cruz Varas m.fl. mot Sverige (1991)*, senere i *Chahal mot Storbritannia (1996)*, og blant annet i *Nsona mot Nederland (1996)*. Som en utvidelse av læren, ble det i *Salah Sheekh mot Nederland (2007)* slått fast at man heller ikke kan sendes til et land hvor det er risiko for å bli videresendt til et tredjeland der det er rimelig grunn til å tro at mishandling vil forekomme.³¹

3.3 Forbudets absolutte side

Som nevnt ovenfor er forbudet mot utsendelse til tortur eller mishandling absolutt. I *Cruz Varas mot Sverige (1991)*³², ble dette slått fast for første gang. I denne avgjørelsen var det spørsmål om en chilensk familie på tre kunne utvises fra Sverige til Chile, uten at dette kom i strid med *EMK artikkel 3*. Familiefaren ønsket å søke asyl, og anførte som grunnlag for å få innvilget asyl at han hadde deltatt i politisk aktivitet mot Pinochet-regimet i Chile og Sverige. Han anførte videre at han på grunn av disse forholdene ville risikere å bli utsatt for tortur av chilenske myndigheter. Domstolene foretok en bevis- og troverdighetsvurdering av saken,³³ og kom på dette grunnlag under dissens (18-1) til at Sverige ikke hadde krenket *artikkel 3*.³⁴

²⁸ *Soering v. The United Kingdom* (1989), avsnitt 88

²⁹ *Ibid* avsnitt 88

³⁰ *Ibid* s. 45 nr. 1

³¹ *Salah Sheekh v. The Netherlands*, 11 January 2007, Application no. 1948/04, avsnitt 141

³² *Cruz Varas and others v. Sweden*, 20 March 1991, Application no. 15576/89

³³ *Ibid* avsnitt 77-82

³⁴ *Ibid* s. 33 nr. 1

Til tross for at *EMK artikkel 3* ikke ble ansett krenket, fastslo domstolen det viktige hovedelementet om at forbudet i *EMK artikkel 3* er absolutt i dommens *avsnitt nr. 70*, hvor det heter at «Although the present case concerns expulsion as opposed to a decision to extradite, the Court considers that the above principle also applies to expulsion decisions and a fortiori to cases of actual expulsion.»

Forbudets absolutte side kan være vanskelig å alltid akseptere, eller til og med forstå. Spesielt i saker som omhandler nasjonal sikkerhet. Myndighetene i de fleste stater vil naturligvis ha et iboende ønske om å beskytte egne borgere. I kjølevannet av terrorangrepet mot USA 11. september 2001, oppsto det et press på flere europeiske stater om å kunne utvise utenlandske antatte terrorister, selv om utleveringen kunne føre til behandling i strid med *EMK artikkel 3*.³⁵

Chahal mot Storbritannia (1996) er en avgjørelse som illustrerer forholdet når staten har et omfattende sikkerhetsbehov.³⁶ Avgjørelsen gjaldt terrormistenkte Chahal, som var en indisk sikh-aktivist. Chahal var bosatt i Storbritannia hvor han også søkte asyl. Storbritannia ønsket å utvise han til India. Tanken bak utvisningsbeslutningen, var hensynet til rikets sikkerhet, og kampen mot internasjonal terrorisme. Storbritannia anførte herunder at garantiene i *artikkel 3* ikke var absolutte, og viste blant annet til at risikoen for overgrep måtte kunne veies opp mot den nasjonale sikkerheten.³⁷

Domstolen anerkjente Storbritannias synspunkt vedrørende vanskelighetene som oppstår i det moderne samfunn, ettersom enhver stat ønsker å beskytte befolkningen sin mot terror.³⁸

Domstolen påpeker videre at selv under slike omstendigheter er konvensjonens forbud mot

³⁵ Kravik, Andreas Motzfeldt, *Kan hensynet til nasjonal sikkerhet svekke utlendingers utsendelsesvern etter EMK artikkel 3?*, s. 1

³⁶ *Chahal v. United Kingdom*, 15.11.1996, Application no. 22414/93

³⁷ *Ibid* avsnitt 76

³⁸ *Ibid* avsnitt 88

tortur eller mishandling absolutt, og uavhengig offerets oppførsel. Hvor farlig og uønsket personen eventuelt måtte være vil ikke ha noen betydning overhodet.³⁹

Domstolen kom i storkammer frem til at utsendelse av Chahal ville krenke *EMK artikkel 3*.⁴⁰ Det vil være hensiktsmessig å bemerke at avgjørelsen ble avsagt med en dissens på 12-7. Mindretallets argumentasjon var at risikoen ved retur burde kunne avveies mot statenes sikkerhetsbehov. Den betydelige dissensen kan tyde på at et paradigmeskifte var ønsket. Til støtte for dette kan man se på *EU-kommisjonen sitt arbeidsdokument av 2001*,⁴¹ hvor det ble tatt til orde for at *EMD* måtte revurdere sin absolutte linje i *Chahal-saken*.⁴² Dette kan anses for å ha vært starten på et politisk press rettet mot *EMD*. I 2002 kunne man se at ikke-europeiske domstoler startet å legge om sin praksis. Den kanadiske høyesterett, kom blant annet frem til at det i «eksepsjonelle tilfeller» måtte være lovlig å utvise utlendinger selv om det ville medføre risiko for tortur.⁴³

Et annet viktig moment som det bør tas stilling til, er at *Chahal-saken* kan tyde på at *EMD* tolket *non refoulement-prinsippet* strengere i *EMK artikkel 3*, enn hva som fremgår av andre menneskerettstraktater. I henhold til flyktningkonvensjonen artikkel 33 (2), gir denne til eksempel eksplisitt unntak for *non refoulement-prinsippet* der hvor det er rimelig grunn til å anta at en flyktning er en fare for en stats sikkerhet. Bestemmelsen har dermed ikke det samme absolutte vernet som *EMK artikkel 3* har, noe som tilsier at *EMK artikkel 3* går lengre og gir sterkere vern enn *Flyktningkonvensjonen artikkel 33*. *EMK artikkel 3*, vil også gjelde «enhver» og har dermed ikke den samme begrensningen som *Flyktningkonvensjonen artikkel 33*, som er innskrenket til å verne flyktninger.⁴⁴

³⁹ *Chahal v. United Kingdom*, 15.11.1996, Application no. 22414/93, avsnitt 79

⁴⁰ *Ibid* s. 40 nr. 1

⁴¹ Europakommisjonen (arbeidsdokument), *The relationship between safeguarding internal security and complying with international protection obligations and instruments*, 5. Desember 2001 (COM/2001/743)

⁴² Kravik, Andreas Motzfeldt, *Kan hensynet til nasjonal sikkerhet svekke utlendingers utsendelsesvern etter EMK artikkel 3?*, s. 4

⁴³ Kravik, Andreas Motzfeldt, *Kan hensynet til nasjonal sikkerhet svekke utlendingers utsendelsesvern etter EMK artikkel 3?*, s. 4

⁴⁴ Flyktningstatus må derav være innvilget dersom beskyttelse etter *Flyktningkonvensjonen artikkel 33* skal inntre

Mye tyder på at *EMD* hadde behov for en rettsavklaring etter misnøyen rundt *Chahal-saken*. Når *Saadi mot Italia*,⁴⁵ som omhandlet *EMK artikkel 3* kom for domstolen ble saken overført til storkammerbehandling. Dette indikerer at saken ble lagt opp som en prinsippavgjørelse. Nassim Saadi var en tunisisk borger bosatt i Italia. Saadi ble tiltalt for internasjonal terrorisme, men grunnet mangel på bevis, ble tiltalen nedsummert til straffbare forberedelseshandlinger. I tillegg til dette ble han tiltalt for falskneri og heleri. Saadi ble idømt fire år og seks måneder fengsel i Italia. Problemstillingen oppstod når han under soningen også ble dømt til tjue års fengsel av tunisiske domstoler, på grunn av medlemskap i en terrororganisasjon, samt oppfordring til terrorisme. Etter at Saadi hadde sonet tiden sin i Italia, ville italienske myndigheter utvise han til Tunisia med hensyn til nasjonal sikkerhet. Avgjørelsen ble klaget inn for *EMD* på bakgrunn av frykten for at han ville bli utsatt for tortur i Tunisia.

Til tross for at terrortruslene var blitt høyere siden *Chahal-avgjørelsen* ble avsagt, så var domstolens syn på det absolutte vernet uforandret, og urokkelig. De bekreftet herunder prinsippet som var angitt i *Chahal-avgjørelsen*, og fastslo at risikoen/trusselen en person representerer, ikke kan avveies mot en befolknings sikkerhetsbehov.⁴⁶ Etter denne rettsavklaringen, er praksisen blitt fulgt konsekvent og entydig.⁴⁷

3.4 Bevisbyrde og bevisvurdering

Bevisbyrden ved spørsmål om krenkelse av *EMK artikkel 3*, kan sammenlignes med den spesielle bevisbyrden man finner ved spørsmål om diskriminering i norsk rett. I diskrimineringssaker er utgangspunktet at diskriminering skal anses å ha skjedd hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd, og den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har skjedd, jfr. *Likestillings- og diskrimineringsloven § 37 (1)*.⁴⁸ Ordlyden i bestemmelsen tilsier at bevisbyrden begynner hos

⁴⁵ *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, application no. 37201/07

⁴⁶ *Ibid* avsnitt 138

⁴⁷ Se blant annet *Ismoilov and Others v. Russia*, 24 April 2008, application no. 2947/06. *Daoudi v. France*, 3 December 2009, application no. 19576/08. *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, 22 September 2009, application no. 30471/08.

⁴⁸ Lov av 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering § 37 (1)

den som påstår seg diskriminert. Dersom det foreligger indikasjoner på dette, går bevisbyrden så over på den som antas å ha diskriminert.

Den någjeldende bevisvurderingen under *EMK artikkel 3*, antas å ha sitt utspring fra *Klaas mot Tyskland*.⁴⁹ I denne saken anførte en tysk sjåfør at han hadde vært utsatt for alvorlig maktbruk av politiet under en alkoholtest. På nasjonalt nivå tapte klageren erstatningssøksmålet, siden domstolen fant det sannsynlig at skadene klageren hadde var påført av han selv. Når saken kom for *EMD* uttalte domstolen at «(...) no cogent elements have been provided which could lead the Court to depart from the findings of fact of the national courts».⁵⁰ Det ble dermed implisitt slått fast at en mangelfull nasjonal bevisvurdering etter *EMK artikkel 3*, kan utløse bevisbyrde for staten om at krenkelse ikke har forekommet dersom saken kommer opp for *EMD*.⁵¹ Dette tilsier i vårt tilfelle at dersom vedkommende som søker beskyttelse etter *EMK artikkel 3* kan sannsynliggjøre at det er en reell fare for overgrep, vil bevisbyrden skifte, og staten må tilbakevise at en slik risiko foreligger.

Hva gjelder selve bevisvurderingen så utledes det retningslinjer fra *EMDs* tidligere praksis. Blant annet vektlegges det om det foreligger momenter som kan svekke søkerens troverdighet, slik som at søkeren unnlater å gi opplysninger om sentrale forhold, endrer forklaringen sin, eller legger frem nye opplysninger svært sent.⁵² Dette kan også her sammenlignes med bevisvurderingen i norsk rett vedrørende diskriminerings spørsmål. Herunder må søkeren også kunne gi en tilfredsstillende forklaring på motstrid og eventuelle uklarheter, dersom det foreligger sterke grunner til å tvile på søkerens troverdighet.⁵³ Når det gjelder uklarheter med å bevise alle faktiske forhold, så er det anerkjent at tvil om faktum må

⁴⁹ *Klaas and others v. Germany*, 6 September 1978, application no. 5029/71

⁵⁰ *Ibid* avsnitt 45

⁵¹ Tor Ehlers Bertelsen, *EMK. Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter* (2011), punkt 9.1, side 84.

⁵² *Y v. Russia*, 4 December 2008, application no. 20113/07, avsnitt 87, samt *F.H. v. Sweden*, 20 January 2009, application no. 32621/06, avsnitt 103

⁵³ *N v. Sweden*, 20 July 2010, application no. 23505/09, avsnitt 53

komme søkeren til gode.⁵⁴ Forutsetningen er at alt tilgjengelig bevismateriale er samlet inn. Dette prinsippet finner man både i norsk og internasjonal flyktningrett.⁵⁵

3.5 Risikovurdering

Soering mot Storbritannia er en viktig og retningsgivende avgjørelse også på dette punkt. *EMD* uttalte i *avsnitt 91* at vernet etter *EMK artikkel 3* utløses dersom:

(...) substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country.

EMD oppstiller med dette to hovedvilkår som må oppfylles for at *EMK artikkel 3* skal gi vern. Det må for det første foreligge *betydelige grunner* til å tro at søkeren står overfor en *reell risiko* for mishandling eller tortur i landet vedkommende sendes til. Det må av denne grunn foretas en konkret risikovurdering, hvor disse sentrale vilkårene tas opp til vurdering. Vurderingen av forholdene i mottakerlandet er uunngåelig for å overholde konvensjonens grunnleggende verdier samt det absolutte forbudet som *EMK artikkel 3* oppstiller. Hva gjelder tidspunktet for risikovurderingen, så skal dette vurderes ut fra situasjonen på domstidspunktet. Dersom søkeren allerede har blitt videresendt, er det tidspunktet for utsendelsen som er avgjørende.⁵⁶ På den annen side vil det ikke være utelukket for domstolen å ta hensyn til informasjon som kommer frem etter en eventuell utlevering. Denne informasjonen kan ha verdi, siden den potensielt kan bekrefte/avkrefte vurderingen som er foretatt av konvensjonsparten.⁵⁷

Utgangspunktet for risikovurderingen er at den er fremtidsrettet. De forventede konsekvensene av å sende søkeren til mottakerlandet må undersøkes med vekt på den generelle situasjonen i landet, samt søkerens personlige forhold.⁵⁸ Øyen uttaler i sin bok at det

⁵⁴ *N v. Sweden*, 20 July 2010, application no. 23505/09, avsnitt 53

⁵⁵ Se for eksempel UNHCR Håndboken pkt. 203 og 204k EUs Statusdirektiv (2011) art. 4 og 5,

⁵⁶ *Salah Sheekh v. The Netherlands*, 11 January 2007, application no. 1948/04, avsnitt 136

⁵⁷ *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, 4 february 2005, application no. 46827/99, avsnitt 69

⁵⁸ *Saadi v. Italy*, 20 february 2008, application no. 37201/06, avsnitt 130

i utgangspunktet må være individuelle forhold som tilsier risiko for overgrep.⁵⁹ Eksempel på slike individuelle forhold sier han for eksempel kan være vedkommendes bakgrunn, profil eller tilhørighet. Han påpeker videre en rekke momenter som kan ha betydning i vurderingen som blant annet alder, kjønn, bosted, familiebakgrunn, religion, etnisk tilhørighet, politisk aktivitet, tidligere forfølgelse og overvåkning fra myndighetene.

Et annet moment som vil ha betydning er om søkeren er blitt anerkjent som flyktning av *UNHCR*. I *Ismoilov mot Russland* la *EMD* betydelig vekt på nettopp dette.⁶⁰ Det er videre ikke til å komme utenom at det i enkelte land er så ekstreme tilstander, for eksempel i krigs- og konfliktområder, at enhver kan bli utsatt for tortur og mishandling. Som nevnt ovenfor er utgangspunktet at risikofaktorene må være individuelle. *N.A. mot Storbritannia* kan brukes som et eksempel for utgangspunktets unntak. Det fremgår av dommen at dersom den generelle voldssituasjonen har en slik intensitet at det foregår ekstreme tilfeller av vold, med en reell risiko for mishandling, så vil tilbakesendelse føre til krenkelse av *EMK artikkel 3*. Instrumenter for å slå fast hvordan den generelle voldssituasjonen i et land er, kan være blant annet landinformasjon fra menneskerettighetsorganisasjoner, myndighetsorgan, *FN*-organ, nyhetsbyråer og uavhengige landeksperter.⁶¹

3.6 Avskjæring av flyktninger

3.6.1 Innledning

Som jeg nevnte innledningsvis, er avskjæring blitt et flittig verktøy for å regulere migrasjonsstrømmer. Hva som kan bli følgene av dette, og hvilke beskyttelsestiltak som må overholdes kan være livsavgjørende for personene som blir avskåret. De forpliktelsene statene har etter internasjonal rett, som det absolutte forbudet mot tortur eller mishandling i *EMK artikkel 3*, må også overholdes like fullt. I *Hirsi Jamaa mot Italia* kom *Den europeiske*

⁵⁹ Øyen, «Lærebok i utlendingsrett» s. 341

⁶⁰ *Ismoilov and Others v. Russia*, 24 April 2009, application no. 2947/06, avsnitt 125

⁶¹ Øyen, «Lærebok i utlendingsrett», s. 343

menneskerettsdomstol for første gang frem til at det forelå krenkelse av *EMK artikkel 3* i en sak som gjaldt avskjæring av migranter på det åpne hav.

3.6.2 *Hirsi Jamaa mot Italia*⁶²

Hirsi Jamaa mot Italia er en viktig avgjørelse som belyser migrasjonsproblematikken, samt hvordan krenkelse av *EMK artikkel 3* kan utspille seg i realiteten og berøre store grupper av flyktninger på *en* og samme gang. Avgjørelsen ble avsagt i storkammer, og domstolen kom enstemmig frem til at det forelå krenkelse av *EMK artikkel 3*, *artikkel 4 i EMK Protokoll no. 4 (EMK 4. TP artikkel 4)*, og en krenkelse av *EMK artikkel 13*, sammenholdt med *EMK artikkel 3 og artikkel 4 i EMK Protokoll no. 4*.⁶³

Klagerne i saken var elleve somaliske, og tretten eritreiske borgere, som var en del av en gruppe på to hundre personer som forlot Libya med tre ulike fartøy, med hensikt å nå den italienske kysten. 6. Mai 2009 var fartøyene nådd 35 nautiske mil sør for Lampedusa, som ligger i det maltesiske søk- og redningsområdet. De ble i dette området avskjært av italienske *Guardia di Finanza*⁶⁴ og den italienske kystvakten. Deretter ble de overført til italienske militærfartøy og returnert til Tripoli. Klagerne anførte at de ikke hadde blitt informert om destinasjonen, eller fått identiteten deres verifisert av de italienske myndighetene. De personlige eiendelene de hadde med seg, inkludert identifikasjonspapirer, ble konfiskert av militærpersonellet. Når de ankom havnen i Tripoli etter en ti timers lang reise ble de overlevert til libyske myndigheter. Ifølge klagerne protesterte de mot å bli overlevert til de libyske myndighetene, men de ble tvunget til å forlate de italienske skipene.

På en pressekonferanse avholdt 7. mai 2009 uttalte den italienske innenriksministeren at praksisen om å avskjære fartøyene på det åpne hav, og å tvinge flyktningene tilbake til Libya,

⁶² *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 february 2012, application no. 27765/09

⁶³ *Ibid* avsnitt 219, nr. 6, 7, 9 og 11

⁶⁴ Politistyrke som er en del av økonomi- og finansdepartementet. Arbeider mot finansiell kriminalitet og smugling. https://en.wikipedia.org/wiki/Guardia_di_Finanza, 15.03.18

var konsekvensen av den bilaterale avtalen som var inngått med Libya 4. februar 2009. Videre uttalte ministeren at dette var et viktig vendepunkt i kampen mot illegal innvandring.

Som tidligere nevnt forplikter *EMK artikkel 1* de kontraherende parter å sikre de rettigheter og friheter innenfor sitt myndighetsområde som er fastlagt i konvensjonen. Italia anførte at de ikke hadde utøvet absolutt og eksklusiv kontroll over klagerne.⁶⁵ Operasjonen var etter deres mening en redningsaksjon i tråd med de folkerettslige forpliktelsene etter *United Nations Convention on the Law of the Sea (Montego Bay-konvensjonen)*, som de hadde inkorporert i italienske *Navigation Code*.⁶⁶ Til dette uttaler domstolen at i henhold til de relevante bestemmelsene i havretten, vil et fartøy som seiler på det åpne hav være underlagt deres flaggstats jurisdiksjon.⁶⁷ Domstolen anerkjenner videre at handlinger utført ombord på fartøyet, vil være en ekstraterritoriell utøvelse av statens jurisdiksjon. Når det utøves kontroll over andre ombord på fartøy, vil dette være *de jure* kontroll⁶⁸ som utøves av den aktuelle staten overfor de berørte personene. Domstolen konkluderer med at det foreliggende tilfellet faktisk utgjør et tilfelle av ekstraterritoriell utøvelse av Italias jurisdiksjon.⁶⁹ Italia kunne ikke omgå den ekstraterritoriale jurisdiksjonen de hadde forpliktet seg til etter folkeretten ved å beskrive operasjonen som en redningsaksjon på det åpne hav. Domstolen avviste Italias anførsel om at de ikke var ansvarlig for klagerne sin skjebne fordi de hadde utøvet minimal kontroll over dem under operasjonen.⁷⁰ Domstolen bemerker videre at hendelsene i det foreliggende tilfelle fant sted ombord på et italiensk militærfartøy, hvor besetningen utelukkende var sammensatt av italiensk militærpersonell. Fra øyeblikket flyktingene ble tatt ombord på militærfartøyet og frem til de ble overlevert til libyske myndigheter, var de etter domstolens mening under kontinuerlig *de jure* og *de facto*⁷¹ kontroll av de italienske myndighetene. Spekulasjon om arten og hensikten av operasjonen til det italienske fartøyet på

⁶⁵ *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 february 2012, application no. 27765/09, avsnitt 64

⁶⁶ *Ibid* avsnitt 65

⁶⁷ *Ibid* avsnitt 77

⁶⁸ Latinsk for «av rett/ifølge loven». Kontroll som utøves etter hva loven sier.

https://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=+de+jure&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&begge=+&ordbok=begin 03.05.18

⁶⁹ *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 february 2012, application no. 27765/09, avsnitt 78

⁷⁰ *Ibid* avsnitt 79

⁷¹ Latinsk for «faktisk/i realiteten».

https://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=de+facto&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&begge=+&ordbok=begin

det åpne hav, ville ikke føre til noen annen konklusjon.⁷² Følgelig var hendelsene som var opphavet til de påståtte bruddene omfattet av Italias jurisdiksjon, i henhold til *EMK artikkel 1*.⁷³

Spørsmålet om det forelå krenkelse av *EMK artikkel 3* vurderte *EMD* i to forskjellige aspekt. Først vurderte de risikoen for at klagerne ville lide umenneskelig og nedverdiggende behandling i Libya. Deretter ble faren for at klagerne ville bli returnert til opprinnelseslandene sine vurdert.⁷⁴ Hva gjelder det første spørsmålet – om Libya var en trygg destinasjon – viste klagerne til *Europarådets torturovervåkingskomité* sin rapport fra 2010, samt dokumentasjon fra tredjeparter om forholdene i Libya.⁷⁵ De mente videre at Italia måtte være kjent med situasjonen i Libya som stadig ble forverret på tidspunktet de signerte den bilaterale avtalen om å gjennomføre *push back-operasjoner*.^{76, 77}

Domstolen foretok av denne grunn en risikovurdering hvor de tok stilling til om det forelå vesentlige grunner til å tro at klagerne hadde en reell risiko for å bli utsatt for tortur, umenneskelig, eller nedverdiggende behandling ved å bli sendt til Libya.⁷⁸ Det ble blant annet lagt vekt på internasjonale rapporter vedrørende forholdene i Libya. I følge disse rapportene hadde Libya på det aktuelle tidspunktet ingen regler som tok sikte på å beskytte flyktninger. Enhver person som tok seg inn i landet ved hjelp av ulovlige midler ble ansett for å være der illegalt. Det ble heller ikke skilt mellom uregelmessige innvandrere og asylsøkere. I stedet ble personene systematisk arrestert og anholdt under forhold som *UNHCR (FNs høykommissær for flyktninger)*, *Human Rights Watch*, og *Amnesty International* beskrev som umenneskelige. Personene sto også i fare for å bli returnert til opprinnelseslandet sitt. Dersom de var så heldige at de klarte å gjenvinne friheten sin, ble de på den andre siden utsatt for særlig usikre levevilkår, og i tillegg ekstremt utsatt for fremmedfrykt og rasistiske handlinger grunnet den

⁷² *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 february 2012, application no. 27765/09, avsnitt 81

⁷³ *Ibid* avsnitt 82

⁷⁴ *Ibid* avsnitt 84

⁷⁵ *Ibid* avsnitt 88

⁷⁶ Når fartøy med flyktninger blir ført tilbake til avreisestaten

⁷⁷ *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 february 2012, application no. 27765/09, avsnitt 89

⁷⁸ *Ibid* avsnitt 111

marginale og isolerte stillingen de sannsynlig ville få i det libyske samfunnet.⁷⁹ Domstolen bemerket også under dette punkt at Italia ikke kunne omgå ansvaret de hadde ved å vise til bilaterale avtaler med Libya.⁸⁰ Det ble videre poengtert at til tross for at det eksisterte et UNHCR-kontor i Tripoli frem til april 2010, så ble dette aldri anerkjent av den libyske regjeringen. Flyktningstatus som ble gitt av *FNs høykommisær for flyktninger* tilførte ikke de berørte flyktningene noen form for beskyttelse i Libya.⁸¹ Dette var et velkjent faktum som var enkelt å verifisere. Domstolen la av den grunn vekt på at Italia visste, eller burde vite, at flyktningene ville bli utsatt for tortur eller mishandling, og at det dermed ville foreligge en krenkelse av *EMK artikkel 3*.⁸² Konklusjonen til domstolen var at ingen av de aktuelle bestemmelsene i folkeretten berettiget at flyktningene ble sendt til Libya. Herunder reglene vedrørende redning til sjøs, samt reglene mot bekjempelse av menneskehandel. Italia vil likevel være pliktig til å oppfylle forpliktelsene som følger av internasjonal lov, og prinsippet om *non refoulement*.

Det neste spørsmålet domstolen tok stilling til var om det forelå kollektiv utvisning i strid med *EMK 4. TP artikkel 4*, hvor det heter at: «Kollektiv utvisning av utlendinger er forbudt.» Italia hevdet at *artikkel 4 i protokoll nr. 4* ikke var anvendelig i det foreliggende tilfellet, ettersom de mente at garantien bestemmelsen gir bare kommer til anvendelse i tilfeller der personer blir utvist fra en stats territorium, eller når de har tatt seg inn i landet på ulovlig vis.⁸³ Domstolen tok for første gang stilling til om *EMK 4. TP artikkel 4* får anvendelse i saker hvor utlendinger blir sendt til en tredjestat, og utsendelsen foregår utenfor nasjonalterritoriet til de myndighetene som gjennomfører utvisningen.⁸⁴ Konklusjonen ble følgende at ekstraterritorial anvendelse av bestemmelsen *ikke* kan utelukkes.⁸⁵ Domstolen la vekt på at dersom *EMK 4. TP artikkel 4* bare skulle gjelde for kollektive utvisninger fra nasjonale territorium, ville en stor del av moderne migrasjonsmønster, slik som på det åpne hav, falle utenfor bestemmelsen.⁸⁶

⁷⁹ *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 february 2012, application no. 27765/09, avsnitt 125

⁸⁰ *Ibid* avsnitt 129

⁸¹ *Ibid* avsnitt 130

⁸² *Ibid* avsnitt 131

⁸³ *Ibid* avsnitt 160

⁸⁴ *Ibid* avsnitt 169

⁸⁵ *Ibid* avsnitt 174

⁸⁶ *Ibid* avsnitt 177

3.6.3 Vurdering av *Hirsi Jamaa*

Hirsi Jamaa-avgjørelsen er den første avgjørelsen hvor *Den europeiske menneskerettsdomstol* har tatt stilling til spørsmålet om avskjæring av migranter til sjøs. En avskjæring må forstås som en tvungen tilbakesendelse av irregulære migrantere forsøk på å krysse det åpne hav, hvor de mister muligheten til å få individuell vurdering av asylsøknadene sine. Bilaterale avtaler, slik som avtalen i den foreliggende sak mellom Italia og Libya, er en strategi som blir flittig brukt i kampen mot irregulær innvandring. Den italienske innenriksministeren opplyste blant annet på en pressekonferanse avholdt 25. Mai 2009, at i tidsperioden mellom 6.-10. Mai 2009, ble mer enn 471 irregulære migranter avskjært på det åpne hav, og ført tilbake til Libya i samsvar med den bilaterale avtalen.⁸⁷ Innenriksministeren anså praksisen for å være en svært effektiv metode i kampen mot irregulær innvandring. Realiteten er at praksisen kan føre til fatale konsekvenser for mange skjebner.

Et av problemene som oppstår når migranter blir utlevert til steder som Libya er at det vil være vanskelig å bistå dem i en eventuell sak for domstolene. Domstolen påpekte i *Hirsi Jamaa-avgjørelsen* at utgangspunktet er at representanten til klageren må produsere «(...) a power of attorney or written authority to act.» jfr. *Regel 45 nr. 3* i *The Rules of Court*.⁸⁸ Domstolen viste imidlertid forståelse for at *FNs høykommissær for flyktninger* fungerte som en mellommann for flyktningene og deres rettslige representanter, og godkjente dermed en enkel skrevet fullmakt, forutsatt at klagerne forstod innholdet i den. Dette kan være et avgjørende moment i fremtidige saker som vil forbedre flyktningers mulighet til å føre en sak for domstolen. Til tross for at domstolen ikke hadde noen mulighet til å få informasjon om den nøyaktige skjebnen klagerne ville få i Libya, anså de likevel utsendelsen for å være en krenkelse av *EMK artikkel 3*. Det må videre legges vekt på at alle bortsett fra seks av klagerne hadde mistet kontakten med sine rettslige representanter, slik at heller ikke disse kunne gi noen ytterligere informasjon om hvordan forholdene var. Domstolens fremgangsmåte tolker jeg dit hen at kravet til bevisvurderingen i *refoulement*-saker må legges så lavt at man unngår

⁸⁷ *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 february 2012, application no. 27765/09, avsnitt 13

⁸⁸ *Ibid* avsnitt 52

at grove konvensjonsbrudd faller utenfor kun på grunn av mangel på bevis relatert til bestemte personer.

Domstolen viste også en annen tilnærming til risikovurderingen i denne saken enn det de har gjort tidligere. De la vekt på rapporter fra internasjonale organer og frivillige organisasjoner, som viste et forstyrrende bilde over situasjonen for illegale migranter i Libya.⁸⁹ Domstolen gikk imidlertid ikke gjennom hver og en av rapportene i detalj, men summerte opp hovedelementene. Denne framgangsmåten kan ha en positiv effekt for etterfølgende saker, siden bevisbyrden til de juridiske representantene må anses for å være betydelig enklere enn det som har vært utgangspunktet i tidligere domstolspraksis.⁹⁰

Som nevnt tidligere i oppgaven, vil den ekstraterritoriale anvendelsen av *non refoulement-prinsippet* gjelde på det åpne hav. I *Hirsi Jamaa-avgjørelsen* understrekes dette ytterligere, der det fremgår at prinsippet om *non refoulement* gjelder når en stat utøver jurisdiksjon. Denne jurisdiksjonen kan baseres på *de jure* og/eller *de facto* kontroll. *De jure* jurisdiksjon på det åpne hav stammer fra flaggstatens jurisdiksjon, mens *de facto* jurisdiksjon etableres når en stat utøver effektiv kontroll over personene.⁹¹ EMD bekreftet i *Hirsi Jamaa* at flaggstaten har *de jure* jurisdiksjon over handlinger utført ombord på et fartøy.⁹² Denne utøvelsen av jurisdiksjon medfører at det statlige ansvaret under menneskerettighetslovgivningen og flyktningsretten blir etablert – en beskyttelse mot *refoulement* – og en forpliktelse til å sørge for at flyktingene får en rettferdig og effektiv asylprosedyre. Domstolen avfeide Italias påstand om at ingen av klagerne hadde etterspurt internasjonal beskyttelse ombord på militærfartøyene som irrelevant. De begrunnet dette med at: «(...) it was for the national authorities, faced with a situation in which human rights were being systematically violated,

⁸⁹ *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 february 2012, application no. 27765/09, avsnitt 123

⁹⁰ Se for eksempel *Sufi and Elmi v. The United Kingdom*, 28 June 2011, application no. 8319/07 og 11449/07

⁹¹ UNHCR, *UNHCR intervention before the European Court og Human Rights in the case of Hirsi and Others v. Italy*, 29 March 2011, Application no. 27765/09, avsnitt 4.3, available at:

<http://www.refworld.org/docid/4d92d2c22.html>

⁹² *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 february 2012, application no. 27765/09, avsnitt 75

as described above, to find out about the treatment to which the applicants would be exposed after their return.»⁹³

Dette taler for at statenes beskyttelsesplikt mot behandling i strid med *EMK artikkel 3* har potensial til å bli betydelig utvidet. Det er med andre ord ikke bare i form av formelle asylansøknader forpliknelsen om *non refoulement* oppstår, men i alle tilfeller hvor risikoen for behandling i strid med *EMK artikkel 3* er «sufficiently real and probable», og deportasjonsmyndighetene burde ha vært oppmerksom på denne risikoen.⁹⁴

Den andre krenkelsen domstolen fant av *EMK artikkel 3*, var begrunnet med at klagerne var utsatt for vilkårlig tilbakesendelse til opprinnelseslandene Eritrea og Somalia. Det faktum at ingen av klagerne faktisk ble returnert til opprinnelseslandene ble ansett som uvesentlig. Det avgjørende var eksistensen av risiko for hjemsendelse. Domstolen fastslo sin rolle, ved å konstatere at det ikke er deres oppgave å:

*(...) rule on the violation of the Convention in the event of repatriation of the applicants, but to ascertain whether there were sufficient guarantees that the parties concerned would not be arbitrarily returned to their countries of origin, where they had an arguable claim that their repatriation would breach Article 3 of the Convention.*⁹⁵

Domstolen aksepterte med dette at det er tilstrekkelig med en risiko for tilbakesendelse i strid med *EMK artikkel 3*, uten at denne risikoen må være bevist utover enhver rimelig tvil, noe som vil bidra til å styrke menneskerettighetsvernet ytterligere.

⁹³ *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 february 2012, application no. 27765/09, avsnitt 133

⁹⁴ *Ibid* avsnitt 136

⁹⁵ *Ibid* avsnitt 148

Hirsi Jamaa-avgjørelsen utmerker seg videre når det gjelder vurderingen av *EMK 4. TP artikkel 4*, da domstolen for andre gang siden *Conka mot Belgia* fant en krenkelse av forbudet mot kollektiv utvisning.

Avslutningsvis konstaterte domstolen et brudd på *EMK artikkel 13* og retten til et effektivt rettsmiddel ved en nasjonal domstol. Italia hevdet at det var umulig å garantere klagerne retten til tilgang til en nasjonal domstol, siden hendelsene i det foreliggende tilfellet hadde funnet sted ombord på et fartøy.⁹⁶ Domstolen bemerket med hensyn til Italias argument om at klagerne hadde mulighet til å benytte seg av den italienske straffedomstolen når de ankom Libya, at selv om et slikt middel var tilgjengelig i praksis, så vil kravene i *artikkel 13* definitivt *ikke* bli møtt i kriminelle saker mot militærpersonell ombord på militærfartøy.⁹⁷ Dette kan anses for å være en del av kjernen i problemet rundt praksisen om å avskjære irregulære migranter på det åpne hav. En etterfølgende straffesak vil naturligvis finne sted etter tilbakesendelsestiltaket.

Hirsi Jamaa-avgjørelsen viser med dette at selv om forholdene er vesentlig annerledes rundt problemstillingene som oppstår på det åpne hav enn hva de er på en stats landområde, så rettfærdiggjør ikke dette en omgåelse av de rettigheter og garantier som følger av *EMK*, for eksempel ved hjelp av bilaterale avtaler. Domstolen viser et viktig vendepunkt for beskyttelse av menneskerettighetene til migranter, og siden *non refoulement-prinsippet* og forbudet mot kollektiv utvisning anses for å være av alminnelig folkerett, kan avgjørelsen tenkes å få betydning også utover *EMK*.

Det vil imidlertid være hensiktsmessig å særlig merke seg rettens vurdering i dommens *avsnitt 211*, hvor domstolen med hensyn til de foreliggende omstendighetene pålegger den italienske regjeringen å treffe alle mulige tiltak for å få forsikringer fra de libyske myndighetene om at klagerne ikke vil bli behandlet i strid med *EMK artikkel 3*, eller bli utsatt

⁹⁶ *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 february 2012, application no. 27765/09, avsnitt 191

⁹⁷ *Ibid* avsnitt 206

for vilkårlig tilbakesendelse. Italia skulle, med andre ord, søke formelle forsikringer fra Libya. Dette kan virke noe selvmotsigende ettersom en av årsakene til at domstolen fant krenkelse av *EMK artikkel 3* var fordi Libya ikke hadde vedtatt noen regler som tok sikte på å verne og respektere menneskerettighetene. Selv om forholdene kunne ha endret seg fra utleveringstidspunktet til domsavsigelsen, kan det vanskelig tenkes at de libyske myndighetene var i stand til å sikre at klageres rettigheter ble respektert. Om man tar en nærmere titt i Dommer Pinto de Albuquerquees særvotum, som man finner som et vedlegg til dommen, kan det se ut som at han var av samme oppfatning. Albuquerque sier i det ene resonnementet at:

*If there were ever a case where concrete measures for execution should be set by the Court, this is one. The Court considers that the Italian Government must take steps to obtain assurances from the Libyan government that the applicants will not be subjected to treatment incompatible with the Convention, including indirect refoulement. This is not enough. The Italian Government also have a positive obligation to provide the applicants with practical and effective access to an asylum procedure in Italy.*⁹⁸

Albuquerque gir med dette en god implikasjon på hva de positive forpliktelsene for å sikre menneskerettighetene krever. Dersom Italia virkelig skulle «gjort opp for seg», bør det stilles spørsmål om den beste måten å gjøre dette på hadde vært om klagerne ble invitert til Italia hvor de kunne fått tilgang til en rettferdig og effektiv asylprosedyre.

Albuquerque tok også stilling til Italias anførsel om at *push back-operasjoner* kunne rettferdiggjøres på bakgrunn av havrettskonvensjonen. Albuquerque tok for seg fire alternativer som kunne tilsi rettferdiggjøring, men konkluderte med at ingen av disse ville gi unntak fra *non refoulement*-forpliktelsen, samt forbudet mot kollektiv utvisning.⁹⁹ Jeg vil i påfølgende kapittel gå nærmere inn på det ansvaret og de pliktene fartøy har på det åpne hav,

⁹⁸ *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 february 2012, application no. 27765/09, Concurring opinion of judge Pinto de Albuquerque, s. 79

⁹⁹ *Ibid* s. 78

for å nærmere belyse den problematikken som oppstår når de havrettslige reglene skal fungere i samsvar med menneskerettighetsforpliktelsene.

Avslutningsvis er det viktig å få frem at to av klagerne, Mr. Mohamed Abukar Mohamed, og Mr. Hasan Shariff Abbirahman døde under ukjente omstendigheter.¹⁰⁰ Domstolen fulgte av den grunn sin vanlige praksis, og strøk disse fra listen over klagere, siden ingen arvinger eller nære slektninger ønsket å forfølge saken.¹⁰¹ Domstolen påpekte at klagene til de avdøde var så å si identiske med de andre klagernes, og de anså seg ikke berettiget til å fortsette saken for Mr. Mohamed Abukar Mohamed, og Mr. Hasan Shariff Abbirahman i lys av de foreliggende omstendighetene.¹⁰² Uten å spekulere i Mr. Mohamed Abukar Mohamed, og Mr. Hasan Shariff Abbirahmans dødsårsak, vil det være grunn til å spørre seg selv om det nettopp i slike saker, hvor det er mulighet for at en dødsårsak delvis kan tilskrives et menneskerettighetsbrudd som var utgangspunktet for klagen, at unntak bør gjøres for å belyse konsekvensene bruddene kan få.

4 Redningsaksjoner- plikten til å yte bistand

Mennesker rundt omkring i verden risikerer livene sine i uegnede båter i håp om å finne et sted hvor de kan leve under trygge forhold. Dette medfører både livstruende sykdommer, hungersnød, og dårlige/ikke-eksisterende sanitære forhold ombord i båtene, og i verste fall ulykker som medfører massedrukninger. Internasjonale traktater om regler til havs etablerer heldigvis klare plikter for skipsførere om å redde de som er i nød på havet. Utbredelsen av traktatene kan delvis tilskrives det fatale forliset til *Titanic*,¹⁰³ kjent som en av de største maritime katastrofene som har skjedd i fredstid.

¹⁰⁰ *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 february 2012, application no. 27765/09, avsnitt 15

¹⁰¹ *Ibid* avsnitt 57

¹⁰² *Ibid* avsnitt 58

¹⁰³ Andreone, *The future of the Law of the Sea, Part II Exploring the Ambiguity of Operation Sophia Between Military and Search and Rescue Activities*, skrevet av Bevilacqua, s. 179

Plikten til å yte bistand fastslås i *The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)*, som suppleres av *The International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS)*, samt *The International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR)*. Jeg velger på bakgrunn av dette å legge hovedvekt på *UNCLOS*. Utgangspunktet etter konvensjonene er at statene skal bistå i søk- og redningsaksjoner, sikre ordninger for nødkommunikasjon, og yte bistand til enhver person som er i nød til havs. Jeg vil i det følgende gå nærmere inn på disse forpliktelsene.

I *UNCLOS* er plikten til å yte bistand fastslått i *artikkel 98*. Skipsførerens ansvar følger av *nr. 1*, hvor det fremgår at:

Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers:

- a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost;*
- b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him;*
- c) after a collision, to render assistance to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port at which it will call.*

Hovedansvaret for å oppfylle plikten til å yte bistand ligger dermed på skipsføreren, og det vil oppstå en forpliktelse for flaggstaten på vegne av skipsføreren.¹⁰⁴ Dette ser man også i den relativt likelydende bestemmelsen i *SOLAS kapittel V, regulering 33 (1)*, som sier at:

The master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance on receiving information from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and

¹⁰⁴ United Nation Convention on the Law of the Sea Commentaries, Nordquist, Nandan, og Rosenne s.174

rescue service that the ship is doing so (...). This obligation to provide assistance applies regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found (...).

Plikten til å yte bistand gjelder ubetinget av hvem som er i nød. Ordlyden «*any person*» i *UNCLOS artikkel 98 (1)*, tilsier at ingen skal ekskluderes på grunn av for eksempel nasjonalitet eller status (asylsøker, migrant etc.). Skipsføreren skal videre etter *UNCLOS artikkel 98 (1) bokstav b*, «*proceed with all possible speed*», for å bistå personene i nød. Skipsføreren må herunder ta en skjønnsmessig avgjørelse, hvor alle omstendighetene rundt situasjonen må tas i betraktning, som for eksempel i hvor stor grad bistand er nødvendig.¹⁰⁵ Artikkelen oppstiller en begrensning i den hensikt at bistanden må kunne ytes uten at det oppstår alvorlig skade på fartøyet, mannskapet eller øvrige personer ombord.¹⁰⁶ Den første forpliktelsen til skipsføreren er dermed å sørge for at fartøy og mannskap er i trygghet. Om det vil oppstå en reell fare for noen av dem, vil være opp til skipsførerens skjønn å avgjøre.¹⁰⁷

Hva gjelder kyststatenes ansvar, utledes det av *UNCLOS artikkel 98 nr. 2* at hver kyststat skal arbeide for å etablere, drive og opprettholde en tilfredsstillende og effektiv ettersøknings- og redningstjeneste for å trygge sikkerheten på havet, og at de med dette formål skal samarbeide med nabostatene gjennom regionale ordninger når omstendighetene krever det. Ansvaret presiseres videre i *SOLAS kapittel V, regulering 7*. I denne reguleringen pålegges statene å sikre at nødvendige ordninger blir gjort for etablering av nødkommunikasjon og koordinering av søk- og redningsaksjoner i det området de er ansvarlige for. Ordningene skal omfatte etablering, samt drift og vedlikehold av søk- og redningsanlegg. *SAR-konvensjonen* forplikter videre statene til å sørge for at det blir gitt hjelp til enhver person i nød til sjøs, uten hensyn til nasjonalitet, status m.m. til personene som er i nød.¹⁰⁸ Personene skal gis nødvendig medisinsk behandling, og skal leveres til «*a place of safety*».¹⁰⁹

¹⁰⁵ United Nation Convention on the Law of the Sea Commentaries, Nordquist, Nandan, og Rosenne s. 175

¹⁰⁶ UNCLOS, artikkel 98 (1)

¹⁰⁷ United Nation Convention on the Law of the Sea Commentaries, Nordquist, Nandan, og Rosenne s. 175

¹⁰⁸ 1979 International Convention on Maritime Search and Rescue, kapittel 2.1.10

¹⁰⁹ 1979 International Convention on Maritime Search and Rescue, kapittel 1.3.2

De internasjonale konvensjonene pålegger dermed statene en plikt til å foreta søk- og redningsaksjoner, og en absolutt plikt til å redde de som er i nød til havs. Plikten til å yte bistand er fastslått i den delen av *UNCLOS* som omhandler det åpne hav, og kan av den grunn fremstå noe misvisende gjennom å gi uttrykk for at anvendelsesområdet er forbeholdt det åpne hav. Det må derfor slås fast at plikten til å yte bistand gjelder i alle maritime soner, og er anerkjent som internasjonal sedvanerett, bindende for alle stater.¹¹⁰ Senere endringer i *SOLAS*- og *SAR-konvensjonen*, som har sitt utspring fra *Tampa-saken*, krever spesielt at stater skal frigjøre skipsførere som bistår personer i nød fra deres forpliktelser, og at ilandstigning skal være arrangert så raskt som praktisk mulig.¹¹¹

4.1 «A place of safety»

UNHCR har uttalt at med hensyn til skipsførerens plikt til å bistå personene i nød, så slutter denne når personene har blitt ilandsatt «*at a place of safety*».¹¹² «*A place of safety*» defineres som et sted hvor livene til de som er reddet ikke lenger er truet, grunnleggende menneskelige behov blir møtt, og transport til neste destinasjon kan bli gjort, med hensyn til å unngå ilandstigning i territorier hvor liv og frihet, spesielt med tanke på forfølgelse, vil bli truet.¹¹³ Man ser dermed en implikasjon på prinsippet om *non refoulement*. Dersom personene som er reddet hevder å være flyktinger eller asylsøkere, indikerer dette en frykt for å bli utsatt for tortur eller mishandling dersom de blir ilandsatt på et bestemt sted. De grunnleggende prinsippene vi har i de internasjonale menneskerettighetsbestemmelsene og flyktingkonvensjonen må av den grunn overholdes, herunder særlig prinsippet om *non refoulement*.

¹¹⁰ Andreone, *The future of the Law of the Sea, Part II Exploring the Ambiguity of Operation Sophia Between Military and Search and Rescue Activities*, skrevet av Bevilacqua, s. 180.

Se også *UNCLOS* artikkel 58 nr. 2, som fastslår at forpliktelsen også gjelder i den eksklusive økonomiske sone.

¹¹¹ International Maritime Organization (IMO), Resolution MSC. 155(78), Adoption of Amendments to the International Convention on Maritime Search and Rescue, 1979, 20 May 2004, available at: <http://refworld.org/pdfid/432aca724.pdf>

¹¹² UNHCR, The treatment of persons rescued at sea: conclusions and recommendations from recent meetings and expert round tables convened by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees: report of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 11 April 2008, A/AC.259/17, avsnitt 21, tilgjengelig på: <http://www.refworld.org/docid/49997aeb27.html>

¹¹³ IMO- Maritime Safety Committee «Guidelines on the treatment of persons rescued at sea» (MSC Guidelines) art. 6.12 Resolution MSC.167(78) (20 May 2004), available at: www.unhcr.org/refworld/docid/432acb464.html

På den annen side kan det være vanskelig i praksis for enkelte stater å ta imot store grupper av personer som ankommer maritimt etter en redningsaksjon. De må naturligvis ha både kapasitet og nødvendige fasiliteter til å sikre at personenes grunnleggende behov kan oppfylles. Likeså må de ha mulighet til å bli registrert, og henvist til et sted hvor den eventuelle asylprosedyren kan utføres. I følge endringene i *SAR-konvensjonen*, påhviler ansvaret om å finne «a place of safety» den stat som har ansvar for det aktuelle *SAR-området* de skipbrudne ble reddet i.¹¹⁴ Det er også viktig å merke seg at dette ikke innebærer at staten automatisk blir forpliktet til å ilandsette personene på sitt eget territorium.¹¹⁵ Hverken i traktatretten eller i internasjonale lover eksisterer det bestemmelser som krever at stater gjør dette. Med andre ord kan dermed den aktuelle kyststat samarbeide med en tredjestat som er villig til å ta imot personene. Likeså kan staten gjøre ilandsetting på eget territorium betinget av bestemte betingelser.¹¹⁶ Betingelsene kan for eksempel være deling av finansielle byrder, reetablering, eller umiddelbar retur til et tredjeland.¹¹⁷ Den positive siden av slike betingelser må sies å være det faktum at det vil oppstå et samarbeid mellom stater, og byrden som følger av ilandsettingen blir fordelt på flere. Samtidig kan en umiddelbar retur til et tredjeland være problematisk med tanke på prinsippet om *non refoulement*. Beslutningen om videresendelse til et tredjeland kan medføre tortur eller nedverdiggende behandling for de berørte personene ved umiddelbar retur til et tredjeland, bør avgjøres raskt, og konsekvensene av dette kan være at beslutningen ikke blir like veloverveid som den burde, og dermed medføre fare for behandling i strid med *EMK artikkel 3*. *UNHCR* har imidlertid gitt støtte til denne tilnærmingen av byrdefordeling.¹¹⁸ Praksisen er likevel ikke uproblematisk. Avgjørelser om byrdefordeling vil være vanskelig å avklare på forhånd, før den bestemte situasjonen har oppstått. Som et resultat kan dette føre til at flyktninger må tilbringe opptil flere uker på et fartøy før en stat tillater dem å gå på land.¹¹⁹

¹¹⁴ IMO- Maritime Safety Committee «Guidelines on the treatment of persons rescued at sea» (MSC Guidelines) art. 2.5 Resolution MSC.167(78) (20 May 2004), available at: www.unhcr.org/refworld/docid/432acb464.html

¹¹⁵ Papastavridis ED (2016a), *The forgotten responsibilities of the flag state to save people at sea*, s. 31-47

¹¹⁶ G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (Clarendon Press, Oxford, 1996) s. 157

¹¹⁷ *Ibid* s. 157

¹¹⁸ UNHCR Expert Roundtable, *Rescue-at-Sea. Specific Aspects Relating to the Protection of Asylum-Seekers and Refugees. Summary of Discussions*, Lisbon (25–26 March 2002), available at: <http://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3e5f345a0/rescue-at-sea-specific-aspects-relating-protection-asylum-seekers-refugees.html>, avsnitt 15

¹¹⁹ Se for eksempel UNHCR, *Italy boat: UNHCR urges disembarkation on humanitarian grounds*, available at: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/search?page=search&docid=40ee70780&query=ca>

4.2 *M/S Tampa*

4.2.1 Faktum i saken¹²⁰

Kjernen i uenigheten mellom Norge og Australia i den såkalte *Tampa-saken*, var om den nærmeste trygge havn hadde plikt til å slippe båtflyktingene i land. Jeg vil for ordens skyld presisere at endringene i SAR- og SOLAS-konvensjonen ble gjort i etterkant av *Tampa-saken*.

26. august 2001 ble det norske containerskipet *M/S Tampa* som var på vei til Singapore, dirigert av Australske myndigheter til å redde en synkende fiskebåt 75 nautiske mil nord for Christmas Island. Fiskebåten hadde 433 flyktinger ombord, hvorav de fleste var afghanere, og resten pakistanere og srilankere. Arne Rinnan, kaptein på det norske fartøyet, tok alle de 433 flyktingene ombord. Redningsaksjonen, som ble utført i internasjonalt farvann reiste spørsmål om hvor flyktingene skulle ilandsettes. Rinnan, som spurte den australske kystvakten hvor han skulle frakte flyktingene uten å få noe konkret svar, bestemte seg for å sette kursen mot Indonesia som var nærmeste havn. Dette medførte at flyktingene truet med å begå selvmord dersom Rinnan ikke ville føre skipet til Christmas Island. Rinnan, som naturligvis følte seg presset, snudde kursen, og 27. august ankom *M/S Tampa* Christmas Island.

Dette skulle imidlertid ikke vise seg å være problemfritt. Australske myndigheter, som hadde beordret *M/S Tampa* til å dra tilbake til Indonesia da de nærmet seg Christmas Island, nektet flyktingene å gå i land. Bakgrunnen for dette var at de anså flyktingene for å være Norge, som flaggstat, sitt ansvar, og at Indonesia var den riktige staten for ilandsetting. Motsvaret til flyktingene var å inngå sultestreik. Til tross for dette sendte australske myndigheter militærpersonell til Christmas Island, og leverte mat og medisiner til *M/S Tampa*. Rinnan var likevel bekymret for mangel på tilstrekkelig med mat og drikke, og mente at komplikasjonene de kunne få ved en videre reise til havs, ville medføre en betydelig sjanse for tap av liv.

¹²⁰ Faktum er hentet fra Bailliet, *The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea*, og <https://snl.no/Tampa-saken>

Indonesia antydte herunder at heller ikke de var interessert i å ta imot flyktingene. Et annet foruroligende moment var at Indonesia ikke hadde ratifisert flyktingkonvensjonen. Det er dermed rimelig å anta at ilandsetting av flyktingene i Indonesia kunne medføre brudd på prinsippet om *non refoulement*.

29. august trosset Rinnan de australske myndighetene, og førte fartøyet inn i det australske territorialfarvannet. Australia responderte på dette med å sende 45 soldater for å borde *M/S Tampa*, med den hensikt å sende fartøyet tilbake til internasjonalt farvann. Rinnan nektet å etterkomme ordrene, og fikk støtte av den norske regjeringen som fordømte Australias handlinger.

Den australske regjeringen forhørte seg med den norske regjeringen, under Stoltenberg, om de var villige til å ta imot en del av flyktingene og behandle asylsøknadene i Norge, men fikk imidlertid en negativ respons på dette. Forholdet mellom Norge og Australia var på denne tid svært ampert. *UNHCR* utstedte en anbefaling med anmodning om at statene skulle inngå en byrdefordeling. På dette tidspunkt hadde *Amnesty International* klaget inn Australia til *UN human Rights Committee*, samt *UN Committee Against Torture*.¹²¹ Den australske regjeringen under John Howard var motvillig til å inngå en byrdefordeling. I stedet inngikk Howard en avtale med New Zealand, Nauru, samt Papua Ny-Guinea som aksepterte å motta flyktingene. Flyktingene ble fraktet til Nauru ved hjelp av et australsk marinefartøy, hvor de skulle midlertidig innkvarteres med midler fra Australia. New Zealand tok imot 150 av flyktingene, og Nauru de resterende. Nauru ble lovet 100 millioner kroner for avtalen med Australia.

4.2.2 Vurdering av *Tampa-saken*

Tampa-saken viser hvordan stater prøver å omgå den beskyttelsesplikten de har i henhold til prinsippet om *non refoulement*. Motviljen australske myndigheter viste mot å behandle flyktingenes asylsøknader, ble av *FNs* representanter ansett som galt. Likevel var det ikke til å legge under en stol at Australia hadde hatt et betydelig problem med illegale innvandrere.

¹²¹ Bailliet, *The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea*, s. 743

Howards politikk ble dermed møtt med støtte fra en stor del av befolkningen i Australia. Faktisk kan omstendighetene tyde på at både den australske og den norske regjeringen brukte *Tampa-saken* som en politisk arena. Begge landene gjennomgikk valg, og begges sittende regjeringer hadde dårlige resultater på meningsmålingene.¹²²

Rinnan, ble anmodet av den australske regjeringen om å returnere flyktingene til Indonesia, som var landet de bordet fiskebåten fra. Spørsmålet er av den grunn om Indonesia kunne anses for å være et sted hvor livene til flyktingene ikke lenger ville være truet, grunnleggende menneskelige behov ville bli møtt, og transport til neste destinasjon kunne gjøres uten at flyktingene ville bli utsatt for ilandstigning i territorier hvor liv og frihet med hensyn til forfølgelse ville bli truet. Rinnans plikt til å yte bistand ville følgelig ha endt dersom disse vilkårene kunne anses oppfylt i Indonesia, og at han dermed ilandsatte flyktingene slik som den australske regjeringen anmodet. Indonesia hadde imidlertid ikke ratifisert flyktingkonvensjonen. Dette indikerer at flyktingene ikke ville ha fått den beskyttelsen de trengte. Et annet moment er at den første responsen Indonesia ga på at de skulle motta flyktinger var negativ. Dette kan tyde på at det var risiko for at flyktingene ville bli videresendt, og det kunne dermed oppstå potensiell *refoulement*.

Non refoulement-prinsippet får som nevnt i *Hirsi Jamaa-avgjørelsen* anvendelse når en stat utøver jurisdiksjon. Spørsmålet er om fremgangsmåten som ble benyttet i *Hirsi Jamaa-avgjørelsen* for å løse jurisdiksjonsspørsmålet kan overføres til *Tampa-saken* med en analogisk anvendelse, til tross for at dette var en redningsaksjon. Italia anførte i *Hirsi Jamaa-avgjørelsen* at operasjonen var en redningsaksjon, og at de derfor ikke kunne pålegges ansvar.¹²³ På bakgrunn av dette bemerket Domstolen at: «Speculation as to the nature and purpose of the intervention of the Italian ships on the high seas would not lead the Court to any other conclusion.»¹²⁴ Dette kan tale for at selve betegnelsen av hvilke operasjoner som utføres vil være uten betydning og at det essensielle er om det foreligger *de jure* kontroll i kraft av at fartøyet fører flagget til en stat, eller at det foreligger *de facto* kontroll ved at det

¹²² Bailliet, *The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea*, s. 744

¹²³ *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 february 2012, application no. 27765/09, avsnitt 65

¹²⁴ *Ibid* avsnitt 81

utøves effektiv kontroll over personene.¹²⁵ Gode grunner taler dermed for at Norge, som flaggstat, hadde *de jure*-jurisdiksjon over *M/S Tampa*, slik at ansvar etter *EMK artikkel 3* ville utløses. Det kan også argumenteres for at Rinnan hadde *de facto* kontroll over personene ombord ettersom det han som kaptein som tok avgjørelsene, og det kan diskuteres om han dermed utøvte effektiv kontroll. Forutsatt at flyktingene ble ilandsatt i Indonesia hvor de ikke hadde fått den beskyttelsen de trengte, er det rimelig å anta at Norge kunne blitt holdt ansvarlig for brudd på *non refoulement-prinsippet*. Derneft kan det også tenkes at Norge kunne blitt ansvarlig for indirekte *refoulement* dersom Rinnan hadde ilandsatt flyktingene i Indonesia, hvor de deretter hadde blitt videresendt til et tredjeland hvor de risikerte forfølgelse.¹²⁶

Da Rinnan bestemte seg for å trosse de australske myndighetene, og føre *M/S Tampa* inn i Australias territorialfarvann, svarte Australia med å sende militære styrker for å borde fartøyet, hvor formålet var å sende *M/S Tampa* tilbake til internasjonalt farvann. Spørsmålet er om denne handlingen var rettmessig av Australia. I følge Churchill og Lowe, så er: «The one case where there is a clear customary law right of entry to ports concerns ships in distress. If a ship needs to enter a port or internal waters to shelter in order to preserve human life, international law gives it a right of entry».¹²⁷ Det er ikke omstridt at det var fare for livene til flyktingene ombord på *M/S Tampa*, da der var både gravide, syke, og bevisstløse personer ombord.¹²⁸ Utgangspunktet etter havretten er at kyststater har jurisdiksjon over territorialfarvannet sitt, som strekker seg inntil 12 nautiske mil fra grunnlinjene.¹²⁹ Selv om statene har jurisdiksjon over dette området, vil enhver ha rett til uskyldig gjennomfart. Siden Australia hadde jurisdiksjon over territorialfarvannet, så ville utøvelse av denne jurisdiksjonen (*push-back*), kunne føre til potensiell *refoulement*. For å overholde

¹²⁵ Det samme synspunktet synes også å være lagt til grunn i *J.H.A v. Spain*, CAT/C/41/D/323/2007, UN Committee Against Torture (CAT), 21 November 2008, avsnitt 8.2, tilgjengelig på: <http://www.refworld.org/cases,CAT.4a939d542.html>

¹²⁶ Handlinger utført på redningsfartøyet kan tilskrives flaggstaten, se: United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement (Opinion)* [Global Consultations on International Protection/Second Track], Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, 20 June 2001

¹²⁷ Robin Churchill and Lowe, *The law of the Sea*, 3rd ed. (Manchester 1999)

¹²⁸ <https://www.nrk.no/urix/ti-ar-siden-tampa-dramaet-1.7765712>, 18.04.18

¹²⁹ UNCLOS artikkel 2 nr. 1, sammenholdt med artikkel 3

forpliktelsen til beskyttelse, måtte flyktningene også blitt gitt muligheten til å utøve retten til å søke asyl.

UNHCR anbefalte som nevnt at statene skulle inngå en byrdefordeling, noe den norske regjeringen var positive til. Den australske regjeringen avsto imidlertid denne anbefalingen. Noe av problemet på dette punkt ligger i at det ikke eksisterer noen klare forpliktelser om å tillate ilandstigning på eget territorium.¹³⁰ Når dette er statusen vil man dermed være avhengig av kyststatens vilje til å tillate ilandstigning, samt viljen til å bistå med hjelp og videre prosessering. Følgene av dette vil være at flyktningene må tilbringe lengre, og kanskje sårbar tid, på redningsfartøyet. Derneft vil situasjoner som dette i mange tilfeller også få negative konsekvenser for kaptein med mannskap. Dette viser seg særlig når den nærmeste kyststaten ikke samarbeider, for å få ordnet ilandsetting av de skipbrudne.¹³¹ På hendelsestidspunktet hadde *M/S Tampa* en last verdt 20 millioner australske dollar.¹³² Redningsaksjonen kan dermed antas å ha medført kostnader grunnet avvik og forsinkelser. En konsekvens av dette kan være at fartøy prøver å omgå å havne i en redningsaksjon, ved for eksempel å forandre den opprinnelige reiseruten, siden de vet hvilket ansvar og problem de kan bli sittende igjen med.

Et annet problem i saken er om Australia kunne anses for å være «next port of call». Det ble ansett for å være et generelt akseptert prinsipp, at redningsfartøyet skal fortsette til «next port of call» for ilandsetting av flyktninger som reddes til havs. Kyststatene som er mest utsatt for å være «next port of call», har i hovedsak vært enige i dette, forutsatt at fartøyet ikke fraviker fra sin opprinnelige reiserute.¹³³ *M/S Tampa* sin neste destinasjon var Singapore, noe som kunne tilsi at dette var det riktige stedet for ilandsetting av flyktningene. De befant seg imidlertid nærmere Indonesia, som førte til at Rinnan valgte å sette kursen dit, siden han ikke fikk noen respons fra Australia om hvor han burde frakte dem. Dette kan, forholdene tatt i

¹³⁰ Røsæg, E., *Refugees as Rescues: The Tampa Problem*, Scandinavian Institute of Maritime Law Yearbook (2002)

¹³¹ Poengtert av Rosaeg, *Refugees as Rescues- The Tampa Problem* (2002)

¹³² https://no.wikipedia.org/wiki/MS_%C2%ABTampa%C2%BB, 17.04.18

¹³³ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Preliminary Report on Suggestions Retained by the Working Group of Government Representatives on the Question of Rescue of Asylum-Seekers at Sea*, 11 October 1982, doc. EC/SCP/24 nr. 3

betraktning, tenkes å være det mest hensiktsmessige med tanke på at tilstanden til flyktingene ikke var som den burde. Den første etiske problemstillingen som oppstod må antas å være da flyktingene truet med å begå selvmord om de ble ilandsatt i Indonesia, og et enda større ansvar ble etablert overfor Rinnan. Australia ble dermed den nærmeste havnen fra Indonesia. Den norske regjeringen forventet dermed at den Australske regjeringen skulle godkjenne ilandstigning, spesielt med tanke på helsetilstanden til flyktingene samt sanitære og hygieniske forhold ombord på *M/S Tampa*. Den andre etiske problemstillingen er derav om et var riktig av Australia å nekte ilandstigning. Bailliet bemerket at forholdene ombord på fartøyet var så alvorlig at det forelå en risiko for krenkelse av retten til liv, frihet, personlig sikkerhet og frihet fra vilkårlig frihetsberøvelse, og tortur eller nedverdiggende behandling.¹³⁴ Disse rettighetene er absolutte og kan ikke fravikes under noen omstendigheter. På den annen side tilbydde heller ikke Norge asyl til noen av flyktingene med den hensikt å lindre situasjonen, til tross for at Norge uttrykte bekymring for flyktingenes velvære.¹³⁵ Den norske utenriksministeren rapporterte at grunnet den humanitære situasjonen, måtte prioriteten være å plassere flyktingene på Christmas Island, noe som tyder på en mangel på beskyttelse mellom de to stadiene av beskyttelsens sammenhengende hele.¹³⁶ Selv om det ikke forelå noen forpliktelse for Norge som flaggstat å gi asyl til noen av flyktingene, så synes det som dette er en del av kjernen i problemet. Dersom Norge og Australia hadde samarbeidet ville byrden blitt mindre for de begge to, og man ville sluppet uetiske handlinger – som det å nekte og slippe syke og svake personer inn i landet sitt er. Det er begrenset hva man kan forvente av en kyststat hva gjelder ilandsetting av flyktinger, spesielt om det skulle ankomme over 400 personer, slik som i den aktuelle staten.

4.3 Nærmere om endringene i SAR- og SOLAS-konvensjonen

Etter *Tampa-saken* var det behov for endringer i det daværende internasjonale lovverket. Formålet med endringene var å forhindre lignende hendelser i fremtiden, ved å gi personer som er reddet tilgang til et trygt sted innen rimelig tid.¹³⁷ *FNs sjøfartsorganisasjon*

¹³⁴ Bailliet, *The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea*, s. 756 og SP artikkel 6, 7, og 9

¹³⁵ Bailliet, *The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea*, s.757

¹³⁶ *Ibid* s.757

¹³⁷ Innst.S.nr.77 (2005-2006) Innstilling fra utenrikskomiteen om samtykke til godkjenning av endringer av 20. mai 2004 i Den internasjonale konvensjon om sikkerhet for menneskeliv til sjøs av 1. november 1974 og Den internasjonale konvensjon om ettersøkning og redning til sjøs av 27. april 1979, s. 3

(*International Maritime Organization*), sjøsikkerhetskomité 78. sesjon (MSC 78) vedtok dermed 20. mai 2004 endringer i konvensjonene. Jeg vil i det følgende gå nærmere inn på de endringene som er relevant for denne avhandlingen.

Etter den någjeldende *SOLAS-konvensjonen kapittel V regel 33 nr. 1*, skal ethvert seilende skip som mottar informasjon om at personer er i havsnød, yte hjelp til disse.¹³⁸ «Informasjon» har erstattet den tidligere ordlyden som var «signal».¹³⁹ Formålet med denne endringen er å utvide plikten til å yte bistand. Fartøy kan etter dette få informasjon om fartøy i nød, selv om det ikke er gjennom et nødsignal, noe som fører til at flere situasjoner vil omfattes.¹⁴⁰

I *SOLAS-konvensjonen kapittel V regel 33 nr. 1*, er det lagt til et nytt 2. punkt, som presiserer at plikten til å yte bistand gjelder ubetinget av nasjonalitet og status til personene som er reddet, samt omstendighetene de er funnet i. Hensikten med dette er å unngå situasjoner der hvor fartøy kan være fristet til å omgå plikten til å yte bistand dersom personene i nød for eksempel er asylsøknader, i tilfellet det vil oppstå lignende kompliserte situasjoner som Rinnan havnet i med *M/S Tampa*.¹⁴¹

SOLAS-konvensjonen har videre fått en ny bestemmelse i *kapittel V regel 33, nr. 1-1*, som sier at kontraherende regjeringer skal samordne og samarbeide i aktuelle hendelser for å finne den best egnede plass for ilandsetting av personer som er reddet, slik at skipsføreren kan løses fra sine forpliktelser med minst mulig avvik fra fartøyets tilsiktede rute, forutsatt at frigjøringen av forpliktelsene til skipsføreren ikke ytterligere øker faren for sikkerheten til menneskeliv til sjøs. Den kontraherende part som er ansvarlig for søk- og redningsområdet hvor bistanden utføres, skal utøve det primære ansvar for å sikre at et slikt samarbeid skjer. Hensikten med

¹³⁸ SOLAS Ch. V regulation 33 - Distress Situations: Obligations and procedures nr. 1

¹³⁹ Amendments to The International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974, AS, 1974, Resolution MSC.153(78) (adopted on 20 May 2004), available at <http://www.refworld.org/pdfid/432aca724.pdf>

¹⁴⁰ St.prp. nr. 27 (2005-2006) Om samtykke til godkjennelse av endringer av 20. mai 2004 i Den internasjonale konvensjon om sikkerhet for menneskeliv til sjøs av 1. november 1974 og Den internasjonale konvensjon om etter- søkning og -redning til sjøs av 27. april 1979, punkt 2.1

¹⁴¹ *Ibid*

bestemmelsen er å løse de praktiske problemer som har oppstått når et skip ikke får slippe til i nærmeste trygge, eller neste planlagte havn for å ilandsette personene som er reddet.¹⁴²

Plikten til å behandle personene som er reddet med verdighet og omsorg er uttrykkelig fastlagt i nytt *nr. 6 i kapittel V regel 33*. Akkurat denne regelen har ikke sammenheng med *Tampa-saken*, men bestemmelsen var ønskelig da endringer likevel skulle bli gjort i *SOLAS-konvensjonen*.¹⁴³

SAR-konvensjonens kapittel 3 regulerer samarbeid mellom ulike staters søke- og redningstjenester. Det ble i dette kapittelet lagt til et nytt *punkt 4 i 3.1.6* som sier at hver kontraherende part bør gi fullmakt til berørte redningssentraler ved et operativt samarbeid til å identifisere den mest egnede plassen for ilandsetting av personer reddet til havs. En slik fullmakt kan tenkes å gjøre hele prosessen fra bistand ytes til personer ilandsettes betydelig lettere, samt bidra til at skipsføreren fritas fra sine forpliktelser raskere. Likeså kan det antas at den fysiske og psykiske belastningen personene som er reddet går gjennom vil minske ved at de blir ilandsatt og får nødvendige apparater tilgjengelig på kortere tid.

Det er videre lagt til en ny regel *nr. 3.1.9 i SAR-konvensjonen*. Bestemmelsen pålegger partene å koordinere og samarbeide for å forsikre at skipsføreren løses fra sine forpliktelser med minimum avvik fra fartøyets opprinnelige rute, såfremt at dette ikke fører til en fortsatt fare for liv. Den konvensjonspart som er ansvarlig for søk- og redningsområdet pålegges primæransvaret for å sikre at koordinering og samarbeid finner sted med andre involverte nasjoner slik at personene som er reddet blir ilandsatt på «a place of safety». Alle involverte nasjoner skal samarbeide for at ilandsettingen skal finne sted så snart som praktisk mulig.

¹⁴² Innst.S.nr.77 (2005-2006) Innstilling fra utenrikskomiteen om samtykke til godkjenning av endringer av 20. mai 2004 i Den internasjonale konvensjon om sikkerhet for menneskeliv til sjøs av 1. november 1974 og Den internasjonale konvensjon om ettersøkning og redning til sjøs av 27. april 1979, punkt 2-1

¹⁴³ *Ibid*

Den siste endringen jeg vil ta for meg er den nye bestemmelsen i *SAR-konvensjonen regel 4-8-5*, som pålegger den berørte redningsentralen å innlede prosessen med å identifisere de mest egnede stedene for ilandsetting av personer reddet til havs. Fartøyet og andre relevante berørte parten skal informeres. Bestemmelsen må antas å være tidsbesparende, og man kan unngå lignende situasjoner som i *Tampa-saken*, der hvor Rinnan ikke fikk noe konkret svar på hvor han skulle ilandsette personene som var reddet.

4.4 Resterende problem etter någjeldende bestemmelser

Det interessante videre i avhandlingen vil være å se hvordan *SOLAS* og *SAR-konvensjonens* tilsiktede virkninger fungerer i praksis, og hva som eventuelt fortsatt kan tenkes å være problematisk.

Alle konvensjonsparter som ikke protesterte mot endringene i *SAR-* og *SOLAS-konvensjonen* innen 1. januar 2006 ble bundet av disse.¹⁴⁴ Selv om de fleste land vedtok endringene, viser rapporter fra ikke-statlige organisasjoner at det i praksis ikke er like lett å overholde de nye bestemmelsene. Likeså er eksempelvis *IMO* sine retningslinjer for behandling av personer reddet til havs «soft law», som tilsier at de i utgangspunktet ikke er rettslig bindende, så fremt de ikke har fått status som folkerettslig sedvanerett. Faktum tyder på at det fortsatt er tilfeller av at skipsførere og statlige myndigheter ignorerer personer som trenger bistand, eventuelt frakter de til en annen stats søk- og redningsområdet.¹⁴⁵ Dette er noe Mitra fra Afghanistan fikk oppleve da han var bare 16 år gammel.¹⁴⁶ Mitra prøvde sammen med flere å nå Hellas, ved hjelp av en liten oppblåsbar jolle. Når de var 300 meter fra øya Lesbos ble de oppdaget av den greske kystvakten. De ble av tatt ombord på det greske kystfartøyet, hvor de opplevde å

¹⁴⁴ Innst.S.nr.77 (2005-2006) Innstilling fra utenrikskomiteen om samtykke til godkjenning av endringer av 20. mai 2004 i Den internasjonale konvensjon om sikkerhet for menneskeliv til sjøs av 1. november 1974 og Den internasjonale konvensjon om ettersøkning og redning til sjøs av 27. april 1979

¹⁴⁵International Maritime Organization (IMO), *Resolution MSC 84/20/1, Report-Record of Decisions on the Third United Nations Inter-Agency Meeting on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, 1 February 2008, avsnitt 12

¹⁴⁶ Faktum i saken er hentet fra European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *What Price Does a Refugee Pay to Reach Europe?*, tilgjengelig på: <http://www.refworld.org/pdfid/49997aea5.pdf>

bli sparket av politiet da de prøvde å hvile. Det Mitra og de andre hadde igjen av brød og vann ble kastet på havet, før de omtrent to kilometer fra den tyrkiske kysten ble tvunget tilbake i jolla, og fraktet til internasjonalt farvann. Det ble laget hull i den oppblåsbare jolla, og de ble fratatt den ene åren. Etter et desperat forsøk på å nå kysten, falt Mitra og de andre i søvn, før de heldigvis ble reddet av et annet fartøy.

Et annet moment jeg anser for å være en utfordring er tildelingen av primæransvaret til den stat som er ansvarlig for søke- og redningsområdet for å finne «a place of safety». Endringen fremtrer som en god løsning, men ansvaret innebærer ikke noen forpliktelse til å tillate ilandstigning på eget territorium. Som nevnt tidligere i oppgaven medfører dette ofte at den ansvarlige stat gjør ilandstigning på eget territorium betinget av bestemte vilkår, slik som at flyktningene skal videresendes til et trygt tredjeland med umiddelbar virkning. En overholdelse av prinsippet om *non refoulement*, innebærer at statene også respekterer retten til å søke asyl, selv om de ikke er pliktet til å innvilge asyl.¹⁴⁷ Det kan dermed argumenteres for om personene som er reddet først burde få mulighet til å utøve retten til å søke asyl, før de blir videresendt til et tredjeland.

Når primæransvaret til å finne «a place of safety» er tillagt den stat som er ansvarlig for det søk- og redningsområdet personene ble reddet i, er spørsmålet hvilket ansvar som tilligger de øvrige kontraherende parter. Det eksisterer ingen klare retningslinjer som regulerer dette. Hva som for eksempel vil skje dersom en redningsaksjon foretas i et område som ligger nært en kontraherende stats landområde er uklart. Et øvrig moment er at det kan være problematisk hva følgene blir dersom en redningsaksjon foretas i søk- og redningsområder som overlapper hverandre. Spørsmålet om hvem som har primæransvaret kan av den grunn være vanskelig å løse.

¹⁴⁷ María-Teresa Gil-Bazo, *The safe third country concept in international agreements on refugee protection, Assessing state practice*, <http://www.unhcr.org/59c4be077.pdf> s. 44

5 Avsluttende bemerkninger

Det absolutte vernet mot tortur eller mishandling etter *EMK artikkel 3*, står så sterkt at det vil pålegge statene et stort ansvar på det åpne hav. Prinsippet om *non refoulement* bør erkjennes for å gjelde både i avskjærings saker og i redningsaksjoner. Med denne ekstraterritoriale jurisdiksjonsvirkningen, vil sannsynligvis *EMK artikkel 3* gi et sterkere vern mot tilbakesendelse enn hva *Flyktningkonvensjonen artikkel 33* gir. I tillegg til dette gir fraværet av unntaksbestemmelser, samt det faktum at *EMK artikkel 3* omhandler *enhver*, uttrykk for hvor sterkt forbudet mot tortur eller nedverdiggende behandling står internasjonalt.

Et mål må være at statene av denne grunn anerkjenner de humanitære forpliktelsene de har etter *EMK artikkel 3*. Dersom den nødvendige anerkjennelse oppnås, kan det tenkes at avskjæringsoperasjoner vil bli utført på en måte som ikke medfører krenkelse av *EMK artikkel 3*, og man unngår at personer i nød ignoreres. Et annet mål er at statene erkjenner den samarbeidsviljen som kreves. En byrdefordeling må anses påkrevd dersom redningsaksjoner skal kunne fullføres på en måte som ikke medfører krenkelse av *EMK artikkel 3*, og det later til at det ikke finnes noen regler som umiddelbart løser problemet om hvor ilandsetting av de skipbrudne skal skje.

Etter min oppfatning vil den ekstraterritoriale jurisdiksjonsvirkningen til *EMK artikkel 3* medføre ansvar for statene både i avskjæringsoperasjoner og redningsaksjoner på det åpne hav.

6 Kildeliste

6.1 Litteratur

Andreas Motzfeldt Kravik, *Kan hensynet til nasjonal sikkerhet svekke utlendingers utsendelsesvern etter EMK artikkel 3?*, LOV OG RETT, vol. 50, 7, 2011, s. 404- 413

Bevilacqua G. (2017) *Exploring the Ambiguity of Operation Sophia Between Military and Search and Rescue Activities*. In: Andreone G. (eds) *The Future of the Law of the Sea*. Springer, Cham

Goodwin-Gill, G. S. and McAdam, J., *The Refugee in International Law* (third edition), Oxford: Oxford University Press, UK

Myron H. Nordquist, Neal R. Grandy, Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, Volume III A Commentary* (1995)

Papastavridis ED (2016a), *The forgotten responsibilities of the flag state to save people at sea*. In: Nikodinovska Krstevska A, Tushevska Gavrilovikj B (eds) *Migration at sea. International lawperspectives and regional approaches*, 1st edn. Giannini, Napoli

Robin Churchill and Lowe, *The law of the Sea*, 3rd ed. (Manchester 1999)

Røsæg, E., *Refugees as Rescues: The Tampa Problem*, Scandinavian Institute of Maritime Law Yearbook (2002)

Tor Ehlers Bertelsen, *EMK: kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter* (2011)

Øyvind Dybvik Øyen (red.), *Lærebok i utlendingsrett* (Oslo 2013)

6.2 Lover

Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

6.3 Konvensjoner og erklæringer

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), Roma 1950

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), 1966

FNs verdenserklæring om menneskerettigheter (1948)

International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), 1974

International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR), 1979

United Nation Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), 1982

6.4 Internasjonale dommer

Abdolkhani and Karimnia v. Turkey, Application No. 30471/08, European Court of Human Rights, 22 September 2009

Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy, Application No. 27765/09, European Court of Human Rights, 23 February 2012

Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy, Application No. 27765/09, European Court of Human Rights, 23 February 2012, *CONCURRING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE*

Chacal v. United Kingdom, Application No. 22414/93, European Court of Human rights, 15-11-1996

Cruz Varas and others v. Sweden, Application No. 15576/89, European Court of Human rights, 20 March 1991

Daoudi v. France, Application No. 19576/08, European Court of Human rights, 3 Desember 2009

F.H. v. Sweden, Application No. 32621/06, European Court of Human Rights, 20 January 2009

Ismoilov and Others v. Russia, Application No. 2947/06, European Court of Human rights, 24 April 2008

J.H.A. v. Spain, CAT/C/41/D/323/2007, UN Committee Against Torture (CAT), 21 November 2008, <http://www.refworld.org/cases,CAT,4a939d542.html>

Klaas and others v. Germany, Application No. 5029/71, European Court of Human Rights, 6 September 1978

Mamatkulov and Askarov v. Turkey, Application No. 46827/99, European Court of Human Rights, 4 February 2005

N. v. Sweden, Application No. 23505/09, European Court of Human Rights, 20 July 2010

Saadi v. Italy, Application No. 37201/06, European Court of Human Rights, 28 February 2008

Salah Sheekh v. The Netherlands, Application No. 1948/04, European Court of Human rights, 11 January 2007

Soering v. The United Kingdom, Application No. 14038/88, European Court of Human rights, 7 July 1989

Sufi and Elmi v. The United Kingdom, Application No. 8319/07, European Court of Human Rights, 28 June 2011

Y v. Russia, Application No. 20113/07, European Court of Human Rights, 4 December 2008

6.5 Direktiver

Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted

6.6 Forarbeider

Innst.S.nr.77 (2005-2006) Innstilling fra utenrikskomiteen om samtykke til godkjenning av endringer av 20. mai 2004 i Den internasjonale konvensjon om sikkerhet for menneskeliv til sjøs av 1. november 1974 og Den internasjonale konvensjon om ettersøkning og redning til sjøs av 27. april 1979

St.prp. nr. 27 (2005-2006) Om samtykke til godkjenning av endringer av 20. mai 2004 i Den internasjonale konvensjon om sikkerhet for menneskeliv til sjøs av 1. november 1974 og Den internasjonale konvensjon om etter- søkning og -redning til sjøs av 27. april 1979

6.7 Rapporter

International Organization for Migration (IOM), UN Migration Agency (2017),
(http://migration.iom.int/docs/MMP/171103_Mediterranean_Update.pdf)

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Preliminary Report on Suggestions Retained by the Working Group of Government Representatives on the Question of Rescue of Asylum-Seekers at Sea*, 11 October 1982, doc. EC/SCP/24

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *The treatment of persons rescued at sea : conclusions and recommendations from recent meetings and expert round tables convened by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees : report of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, 11 April 2008, A/AC.259/17,
(<http://www.refworld.org/docid/49997aeb27.html>)

6.8 Artikler

Cecilia Bailliet, *The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea*, Human Rights Quarterly 25(3):741-774 · August 2003

European Union Agency for Fundamental Rights, *Scope of the principle of non-refoulement in contemporary border management: evolving areas of law*, December 2016

International Organization for Migration (IOM), *Glossary on Migration*, Geneva (2004),
(http://www.iomvienna.at/sites/default/files/IML_1_EN.pdf)

María-Teresa Gil-Bazo, *The safe third country concept in international agreements on refugee protection, Assessing state practice*, <http://www.unhcr.org/59c4be077.pdf>

United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement (Opinion) [Global Consultations on International Protection/Second Track]*, Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, 20. June 2001

United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR intervention before the European Court of Human Rights in the case of Hirsi and Others v. Italy*, Application no. 27765/09, 29. March 2011

6.9 Andre kilder

European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *What Price Does a Refugee Pay to Reach Europe?*, <http://www.refworld.org/pdfid/49997aea5.pdf>

European Union: European Commission, *Commission Working Document: The relationship between safeguarding internal security and complying with international protection obligations and instruments*, 5 December 2001, COM(2001) 743 final

Executive Committee of the High Commissioner's Programme, 20 October 1982, *General Conclusion on International Protection No. 25 (XXXIII) – 1982*

Executive Committee of the High Commissioner's Programme, 12 October 1977, *Non-Refoulement No. 6 (XXVIII)- 1977*

General Assembly, Resolution adopted by the General Assembly, *Responsibility of States for Internationally wrongful acts*, resolution 56/83 of December 2001

International Maritime Organization (IMO), Resolution MSC. 153(78), *Adoption of Amendments to the International Convention for the Safety of Life at Sea*, 1974, 20 May 2004, <http://www.refworld.org/pdfid/432aca724.pdf>

International Maritime Organization (IMO), Resolution MSC. 155(78), *Adoption of Amendments to the International Convention on Maritime Search and Rescue*, 1979, 20 May 2004, <http://refworld.org/pdfid/432aca724.pdf>

International Maritime Organization (IMO), *Resolution MSC.167(78), Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea*, 20 May

2004, <http://www.refworld.org/docid/432acb464.html>

International Maritime Organization (IMO), *Resolution MSC 84/20/1, Report-Record of Decisions on the Third United Nations Inter-Agency Meeting on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, 1 February 2008

NRK Urix, *Ti år siden flyktningsdramaet:- Jeg ville gjort det igjen*,

<https://www.nrk.no/urix/ti-ar-siden-tampa-dramaet-1.7765712>, 18.04.18

Store norske leksikon, *Tampa-saken*, <https://snl.no/Tampa-saken>

United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Geneva, December 2011

United Nation High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Italy boat: UNHCR urges disembarkation on humanitarian grounds*, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/search?page=search&docid=40ee70780&query=ca>

United Nation High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Rescue-at-Sea. Specific Aspects Relating to the Protection of Asylum-Seekers and Refugees*, Expert Roundtable Summary of Discussions, Lisbon 25–26 March 2002,

<http://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3e5f345a0/rescue-at-sea-specific-aspects-relating-protection-asylum-seekers-refugees.html>

Universitetet i Bergen og Språkrådet, begrepsforklaring,

https://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=+de+jure&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&begge=+&ordbok=begge

https://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=de+facto&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&begge=+&ordbok=begge

Wikipedia

https://en.wikipedia.org/wiki/Death_row_phenomenon, begrepsforklaring

https://en.wikipedia.org/wiki/Guardia_di_Finanza, begrepsforklaring

https://no.wikipedia.org/wiki/MS_%C2%ABTampa%C2%BB, informasjon om verdi på last